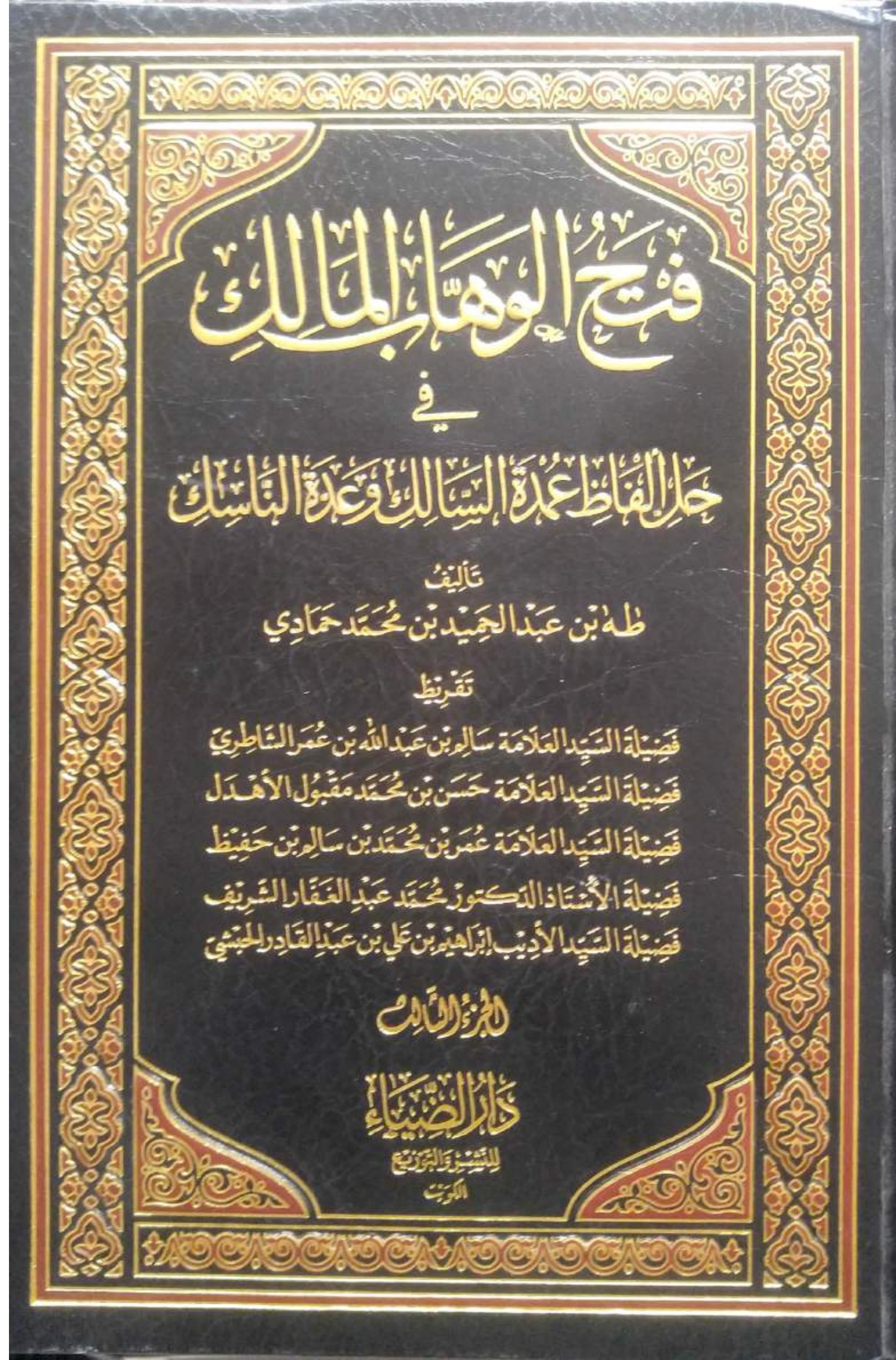

فتح الوهاب المالك
في
حل ألفاظ عمدة السالك وعدة الناسك
تأليف
طه بن عبد الحميد بن محمد حمادي
تقريظ
فضيلة السيد العلامة سالم بن عبد الله بن عمر الشاطري
فضيلة السيد العلامة حسن بن محمد مقبول الأهدل
فضيلة السيد العلامة عمر بن محمد بن سالم بن حفيظ
فضيلة الأستاذ الدكتور محمد عبد الغفار الشريف
فضيلة السيد الأديب إبراهيم بن علي بن عبد القادر الحبشي
الجزء الثالث
دار الضياء
للنشر والتوزيع
الكويت

الطَّبْعَةُ الأُولَى

١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م

التجليد الفني

شركة فؤاد البعينو للتجليد ش.م.م

بيروت - لبنان

www.daraldheya.com





دار الضياء

للنشر والتوزيع

الكويت - حولي - شارع الحسن البصري

ص.ب، ١٣٤٦٠ حولي

الرمز البريدي، ٣٢٠١٤٠

تلفاكس، ٠٠٩٦٥٢٢٦٥٨١٨٠

نقال، ٠٠٩٦٥٩٩٣٩٦٤٨٠

dar_aldheyaa2@yahoo.com

الموزعون المعتمدون

دولة الكويت:

دار الضياء للنشر والتوزيع - حولي — تليفاكس: ٢٢٦٥٨١٨٠ — نقال: ٩٩٣٩٦٤٨٠

المملكة العربية السعودية:

دار المنهاج للنشر والتوزيع - جدة — هاتف: ٦٣١١٧١٠ — فاكس: ٦٣٢٠٣٩٢

دار التدمرية للنشر والتوزيع - الرياض — هاتف: ٤٩٢٥١٩٢ — فاكس: ٤٩٣٧١٣٠

المكتبة المكيّة - مكة المكرمة — هاتف: ٥٣٤٠٨٢٢ — فاكس: ٥٣٦٦٢٩٩٠

مكتبة العبيكان - جميع فروعها في المملكة — هاتف: ٩٠٠٢٠٠٢٠٢٠٩

الإمارات العربية المتحدة:

دار الفقيه - أبو ظبي — هاتف: ٦٦٧٨٩٢٠ — فاكس: ٦٦٧٨٩٢١

مكتبة الفقيه - أبو ظبي — تليفاكس: ٦٣٩١٥٠٢

مكتبة الحرمين للنشر والتوزيع - دبي — هاتف: ٢٧٣١٩٧٩ — فاكس: ٢٧٣١٩٦٩

الجمهورية التركية:

مكتبة الارشاد - اسطنبول — هاتف: ٠٢١٢٦٣٨١٦٣٣/٣٤ — فاكس: ٠٢١٢٦٣٨١٧٠٠

الجمهورية اللبنانية:

دار إحياء التراث العربي - بيروت — هاتف: ٥٤٠٠٠٠ — فاكس: ٨٥٠٧١٧

شركة دار البشائر الإسلامية - بيروت - لبنان — هاتف: ٧٠٢٨٥٧ — فاكس: ٧٠٤٩٦٣

شركة التمام - بيروت - كورنيش المزرعة — هاتف: ١٧٠٧٠٣٩

الجمهورية العربية السورية:

دار الفجر - دمشق - حلبوني — هاتف: ٢٢٢٨٣١٦ — فاكس: ٢٤٥٣١٩٣

دار الكلم الطيب - دمشق - حلبوني — هاتف: ٢٤٥١٢٢٦ — فاكس: ٢٢٢٧٦٠٢

جمهورية مصر العربية:

دار البصائر - القاهرة - زهراء مدينة نصر — تليفاكس: ٠٢٢٤١١١٤٤١ — محمول: ٠١٠٠٢٤٣٦٢٦٣

المملكة الأردنية الهاشمية:

دار الرازي - عمان - العبدلي — تلفاكس: ٤٦٤٦١١٦

دار محمد دنديس للنشر والتوزيع - عمان — هاتف: ٦٤٦٥٣٣٩٠ — تلفاكس: ٦٤٦٥٣٣٨٠

الجمهورية اليمنية:

مكتبة تريم الحديثة - تريم — هاتف: ٤١٧١٣٠ — فاكس: ٤١٨١٣٠

الجمهورية الإسلامية الموريتانية:

شركة الكتب الإسلامية - نواكشوط — هاتف: ٠٠٢٢٢٥٢٥٣٤٦١

مملكة البحرين:

جمعية الإمام مالك بن أنس - المحرّق — هاتف: ١٧٣٣٤٢٥٠ — فاكس: ١٧٣٣٤٣٦٠

فصل في القرض

القرض مندوب إليه بإيجاب وقبول مثل أقرضتك أو أسلفتك ....

الشرح

(فصل: في القرض)

هو لغةً: المنع وشرعاً: تمليك الشيء برد بدله **(القرض مندوب إليه)** وهو فعل من أفعال البر لقوله تعالى ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰ﴾ وفي الإقراض إعانة على البر وروى أبو هريرة رَضِيَٱللَّهُعَنهُ أن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ قال «من كشف عن مسلم كربةً من كرب الدنيا كشف الله عنه كربةً من كرب يوم القيامة ومن يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة ومن ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه» والقرض مما تفرج به الكرب وقد روي عن ابن عباس وعن ابن مسعود وأبي الدرداء أنهم قالوا «لئن نقرض مرتين أحب إلينا من أن نتصدق مرة» وقال بعضهم: إنما كان القرض خيراً من الصدقة لأن الصدقة قد تدفع إلى من هو غني عنها ولا يسأل إنسان القرض إلا وهو محتاج إليه والمعتمد أن الصدقة أفضل من القرض وللقرض أربعة أحكام الأصل فيه الندب ويكون حراماً إذا غلب على ظن المقرض أن المقترض يصرفه في معصية ومكروهاً إذا غلب على ظنه أنه يصرفه في مكروه وواجباً لعارض كالمضطر اهـ (المغني ج ٢ صـ ١٦٠ مع تقديم وتأخير).

(بإيجاب وقبول) متصل بالإيجاب نعم القرض الحكمي كالإنفاق على اللقيط المحتاج وإطعام الجائع وكسوة العاري لا يفتقر إلى إيجاب وقبول ومنه أمر غيره بإعطاء ما له غرض فيه كإعطاء شاعر أو ظالم أو إطعام فقير أو فداء أسير وَعَمِّر داري **(مثل أقرضتك أو أسلفتك)** وهما صريحان قطعاً أو خذه بمثله أو ملكتكه على أن ترد مثله أو خذه واصرفه في حوائجك ورد بدله وقال جمع



ويجوز قرض كل ما يجوز السلم فيه وما لا فلا ولا يجوز فيه شرط الأجل...

الشرح

لا يشترط في القرض الإيجاب والقبول واختاره الأذرعي وقال قياس جواز المعاطاة في البيع جوازها هنا اهـ بتصرف (فتح المعين ج ٣ صـ ٥٠).

(ويجوز قرض كل ما يجوز السلم فيه) لأن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ استلف بكراً وقيس غيره عليه والمراد ما يسلم في نوعه وإلا فالمعين لا يسلم فيه والقرض يكون في المعين والموصوف (النجم ٤/٢٨٠)، **(وما لا)** يجوز فيه السلم **(فلا)** يصح قرضه لأن القرض يقتضي رد المثل وما لا ينضبط بالصفة لا مثل له فلا يجوز قرض الجواهر الكبار ولا الشاة ونتاجها ولا المختلطات كالقمح المختلط بالشعير والغالية والهريسة (النجم ج٤ صـ ٢٨١ مع زيادة) ويستثنى الجارية التي تحل للمقترض يصح السلم فيها ويمتنع القرض لأن المقترض قد يردها بعد الوطء فيكون في معنى إعارة الجواري للوطء وقيل يجوز إقراضها ولا يحل وطؤها حكاه العمراني أما المحرمة بنسب أو رضاع أو مصاهرة فيجوز إقراضها بالاتفاق كذا قاله الرافعي تبعاً للغزالي والإمام وليس كذلك ففي الحاوي أيضاً وجه أنه لا يجوز في هذه الحالة أيضاً ومن لا تحل له في الحال كأخت الزوجة الظاهر أنها لا تحل لقدرته على إزالة المانع بطلاق أختها (النجم ج ٤ صـ ٢٨٠ ـ ٢٨١ مع زيادة).

(ولا يجوز فيه شرط الأجل) فإن شرطه فهو كشرط مكسر عن صحيح يصح العقد ويلغو الشرط ولا يلزم الأجل على الصحيح ومحله إذا لم يكنْ للمقرض غرض وإلا إذا كان للمقرض غرض كزمن نهب والمستقرض مليء كذا قيده في الروضة فسد القرض لما فيه من جر المنفعة (المغني مع المنهاج ج ٢ صـ ١٦٤).



ولا شرط جر منفعة كرد الأجود أو على أن تبيعني عبدك بكذا فإنه رباً فإن رد عليه المقترض أجود من غير شرط جاز ويجوز شرط الرهن والضمان

الشرح

(ولا) يجوز **(شرط جر منفعة)** لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «كل قرض جر منفعة فهو حرام» **(كرد الأجود)** مثل رد صحيح عن مكسر فلو رد هكذا بلا شرط فحسن لأن خير الناس أحسنهم قضاء بل يستحب ذلك للمقترض ولا يكره للمقرض أخذه ولو في الربوي وقيل يمتنع أخذ الزيادة في الربويات وقيل يمتنع إقراض المشهور برد الزيادة ويجوز للمقرض قبول الهدية من المقترض وغيره من المديونين من غير كراهة هذا مذهبنا ومذهب ابن عباس رضي الله عنهما لكن الأولى أن يتنزه عنها وكرهها ابن مسعود رضي الله عنه وفي رسالة القشيري في باب التقوى عن أبي حنيفة أنه كان لا يجلس في ظل شجرة غريمه ويقول كل قرض جر منفعة فهو ربا (النجم ٤/٢٨٤).

(أو على أن تبيعني عبدك بكذا فإنه ربا) ومثله بعتك هذه الدار بمائة على أن تقرضني خمسين لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم «نهى عن بيع وسلف وعن بيعتين في بيعة وعن ربح ما لم يضمن وبيع ما ليس عنده» ومن صور القرض الذي جر منفعة أن يقرضه شيئاً ليكتب له به كتاباً إلى وكيله ليعطيه في غير تلك البلد ليأمن خطر الطريق وتتوفر عليه مؤنة الحمل (النجم ج ٤ صـ ٢٨٥ مع زيادة). **(فإن رد عليه المقترض أجود من غير شرط جاز)** لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم اقترض نصف صاع فرد صاعاً واقترض صاعاً فرد صاعين واقترض من الأعرابي بكراً فرد عليه أجود منه وقال صلى الله عليه وسلم «خيار الناس أحسنهم قضاءً» وقال جابر رضي الله عنه «كان لي عند رسول الله صلى الله عليه وسلم دين فقضاني وزادني». **(ويجوز شرط الرهن والضمان)** والإشهاد لأن ذلك توثقة للعهد لا زيادة فيه، قال الدميري (ج٤/٢٨٧ ـ ٢٨٨) فإن قيل



ويجب رد المثل وإن أخذ عنه عوضاً جاز وإن أقرضه ثم لقيه ببلد آخر فطالبه لزمه الدفع إن كان ذهباً أو فضة ونحوهما وإن كان لحمله مؤنة نحو حنطة وشعير فلا بل تلزمه القيمة.

الشرح

ما فائدة هذه الشروط حتى يحكم بصحتها لأنه لا يجب على المقترض الوفاء بما شرط عليه من الرهن وغيره ولا على المشروط كفالته أن يتكفل وإنما صححنا هذه الشروط في البيع لأن فيه فائدة وهو الفسخ على تقدير أن لا يقوم بها وهو ها هنا متمكن منه فالجواب أنه ليس المراد بذلك صحة الشرط بل عدم الإفساد للقرض.

(ويجب رد المثل) في المثلي وهو النقد والحبوب ولو نقداً أبطله السلطان لأنه أقرب إلى حقه ورد المثل صورة في المتقوم وهو الحيوان والثياب والجواهر (فتح المعين ج٣/ص ٥٢) لما روى مسلم عن أبي رافع رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال «استلف النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من رجل بكراً فلما جاءت إبل الصدقة أمرني أن أقضي الرجل بكراً فقلت لم أجد في الإبل إلا جملاً خياراً رباعياً فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «أعطه فإن خياركم أحسنكم قضاء»».

(وإن أخذ عنه عوضاً جاز) لاستقراره **(وإن أقرضه ثم لقيه ببلد آخر فطالبه لزمه الدفع إن كان ذهباً أو فضة)** لأن القيمة لا تختلف فانتفى الضرر **(ونحوهما)** مما لا مؤنة لنقله أو له مؤنة وتحملها المقرض **(وإن كان لحمله مؤنة نحو حنطة وشعير)** أقرضه إياهما بمصر فلقيه بمكة فطالبه بهما فلا يلزم المقترض الدفع لأن عليه ضرراً في نقل الطعام من مصر إلى مكة ولأن الطعام بمكة مثلاً أكثر قيمة وإن طالبه المستقرض بأخذه لم يلزم المقرض أخذه لأن عليه مؤنة في حمله إلى مصر **(فلا)** يلزمه الدفع **(بل تلزمه القيمة)** والمعتبر قيمة يوم المطالبة لأنه وقت استحقاقها وإذا أخذ قيمته فهي للفيصولة لا للحيلولة

حتى لو اجتمعا بمحل الاقراض لم يكن للمقرض ردها وطلب المثل ولا للمقترض استردادها ودفع المثل (شرح المنهج ج ٣ صـ ٢٦١) والله أعلم.

[تَنْبِيْهٌ]: القيمة التي يدفعها المقترض للمقرض بدلاً عن البر والرز مثلا العبرة فيها ببلد الاقراض كما في المنهاج.

*** *** ***

باب الرهن

لا يصح إلا من مطلق التصرف بدين لازم كالثمن والقرض أو يؤول إلى اللزوم كالثمن في مدة الخيار ....

الشرح

(باب الرهن)

هو في اللغة: الثبوت والدوام ومنه الحالة الراهنة أي الثابتة وقال الماوردي هو الاحتباس ومنه «كل نفس بما كسبت رهينة» وتقول رهنت الشيء وأرهنته بمعنى قال عبدالله بن همام السلولي:

فلما خشيت أظافيرهم نجوت وأرهنتهم مالكا

وهو في الشرع جعل المال وثقية بدين والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا۟ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ ورهن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ درعه عند يهودي بالمدينة يقال له أبو الشحم على ثلاثين صاعاً من شعير لأهله وإنما اقتصر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في معاملة اليهودي بياناً لجواز معاملة أهل الكتاب وقيل لأنَّه لم يكن عند أحد من مياسير أهل المدينة طعام فاضل عن حاجته غيره اهـ (النجم ج ٤ صـ ٢٩٣ ـ ٢٩٤)

(لا يصح) الرهن **(إلا من مطلق التصرف)** كعاقد البيع فلا يرهن الولي مال الصبي والمجنون ولا يرتهن لهما إلا لضرورة أو غبطة ظاهرة كما إذا اشترى ما يساوي ألفين بألف نسيئة ورهن به ما يساوي ألفاً من ماله لأنه إن تلف كان في المشترى ما يجبره (النجم ج٤ صـ ٢٩٦) **(بدين لازم)** وهو الذي لا يقدر من هو عليه على إسقاطه لكنه يقبل السقوط **(كالثمن)** بعد انتهاء مدة الخيار **(والقرض)** فكل منهما دين لازم **(أو يؤول إلى اللزوم)** أي يصير بعد مدة الخيار لازماً بالفعل **(كالثمن في مدة الخيار)** لقربه من اللزوم فلا يصح بالعين

فإن لم يلزمه الدين بعد مثل أن يرهن على ما سيقرضه لم يصح وشرطه إيجاب وقبول ولا يلزم إلا بالقبض بإذن الراهن فيجوز للراهن فسخه قبل القبض وإذا لزم فإن اتفقا أَنْ يوضع عند أُحدهما أو ثالث وضع

الشرح

المغصوبة والمستعارة في الأصح اهـ (المنهاج ٢٤٣) لأنها لا تستوفى من ثمن المرهون وذلك مخالف لغرض الرهن عند البيع اهـ (شرح المنهج ج٣/٢٧٥) ولا يصح بنجوم الكتابة لأنها غير لازمة ولا تؤول إلى اللزوم لأن المكاتب قد يعجز نفسه فتبطل الوثيقة اهـ (النجم ج٤/٣٠٥ ـ ٣٠٦).

(**فإن لم يلزمه الدين بعد مثل أن يرهن على ما سيقرضه**) أو على نفقة الزوجة في الغد (**لم يصح**) لعدم الثبوت لأن الرهن يتبع الدين فلا يصح قبله اهـ (النجم ج٤/٣٠٥) (**وشرطه إيجاب وقبول**) كرهنت وارتهنت ويشترط ما مر في البيع من اتصال اللفظين وتوافقهما معنى ويأتي هنا خلاف المعاطاة اهـ (فتح المعين ج٣/٥٥).

(**ولا يلزم**) الرهن كالهبة (**إلا بالقبض**) بتفصيله المار في قبض المبيع وقال مالك يلزم بنفس العقد وبه قال أحمد إلا في المكيلات والموزنات وكون الرهن يلزم بالقبض هذا من جهة الراهن أَمَّا المرتهن فلا يلزم في حقه بحال فهو لازم من طرف جائز من طرف كالكتابة (النجم ج٤/٣٠٧) (**بإذن الراهن**) أو اقباض منه والإذن أو الإقباض إنما يكون ممن يصح عقده للرهن فلا يصح شيء منهما من غيره كصبي ومجنون ومحجور سفه اهـ (شرح المنهج ج٣/٢٧٨) (**فيجوز للراهن فسخه قبل القبض**) بقوله فسخت الرهن أو أبطلته وتصرف بما ينافي الرهن كبيع وهبة ورهن وكتابة وتدبير وإعتاق (**وإذا لزم**) الرهن فاليد في المرهون للمرتهن غالباً لأنها الركن الأعظم في التوثق (**فإن اتفقا أن يوضع**) المرهون (**عند أحدهما أو ثالث وضع**) ولا يجوز للثالث أن يسلمه لأحدهما إلا

وإلا وضعه الحاكم عند عدل وشرط المرهون أن يكون عينا يجوز بيعها ولا ينفك من الرهن شيء حتى يقضي جميع الدين وليس للراهن أن يتصرف فيه بما يبطل حق المرتهن كبيع وهبة..................

الشرح

بإذن الآخر ولو كانا غائبين وأراد السفر ولا وكيل لهما فحكم تسليمه إلى حاكم حكم الوديعة اهـ (النجم ج٤/٣٢٠)، (**وإلا**) إذا تشاحا (**وضعه الحاكم عند عدل**) يراه لأن الوضع عند العدل هو الأمر المعتدل القاطع للنزاع (**وشرط المرهون أن يكون عيناً يجوز بيعها**) ولو موصوفة بصفة السلم خلافاً للإمام فلا يصح رهن المنفعة لأنها تتلف شيئاً فشيئاً ولا رهن الدين ولو ممن هو عليه لأنه قبل قبضه لا وثوق به وبعده لم يبق ديناً ولا رهن عين لا يجوز بيعها كالموقوفة وأم الولد والمكاتب اهـ (تحفة ج٥/٥٤ ـ ٥٥) (**ولا ينفك من الرهن شيء**) بالإجماع.

(**حتى يقضى جميع الدين**) لأن الرهن وثيقة على كل جزء من الدين فكان كرقبة المكاتب ولو شرط أنه كلما قضى من الحق شيئاً انفك من الرهن بقدره فسد الرهن لاشتراط ما ينافيه إلا إن تعدد عقد أو مستحق للدين أو مدين أو مالك معار رهن فينفك بعضه بالقسط كأن رهن بعض عبد بدين وباقيه بآخر ثم برئ من دين أحدهما أو رهن عبداً من اثنين بدينهما عليه ثم برئ من أحدهما أو رهن اثنان من واحد بدينه عليهما ثم برئ أحدهما مما عليه أو رهن عبداً استعاره من اثنين ليرهنه ثم أدى نصف الدين وقصد فكاك نصف العبد أو أطلق ثم جعله عنه اهـ (شرح المنهج مع الزيادة ج٣/٣٠٠). (**وليس للراهن**) المقبض (**أن يتصرف فيه**) أي المرهون (**بما يبطل حق المرتهن كبيع وهبة**) ووقف ورهن لآخر لأنه لو جاز لبطل معنى التوثق هذا إذا لم يكن التصرف معه أو بإذنه فإن كان كذلك فله ما منعناه لأن المنع كان لحقه وقد زال بإذنه نعم يستثنى المستعار للرهن

يصح بيعه للراهن وفي إعانة الطالبين (ج ٣ ص ٥٧) ما نصه: ـ[تَنْبِيْهٌ]: الغز العلامة الدميري هنا فقال لنا مرهون يباع بغير إذن المرهون عنده جزماً وهو المستعار ليرهن إذا بيع من الراهن الذي استعاره فإنه يصح بغير إذن المرهون عنده جزماً لعدم تفويت الوثيقة في ذلك وقد نظم ذلك بعضهم بقوله:

عين لنا مرهونة قد صححوا بيعاً لها من غير إذن المرتهن
ذاك معار باعه المعير من مَنْ استعار للرهان فارتهن

(**أو ينقص قيمته كاللبس والوطء**) للأمة المرهونة صغيرة كانت أم كبيرة بكراً أم ثيباً عزل أم لا لأن البكر تنقص قيمتها بالافتضاض والثيب قد تموت من الطلق وإذا عزل فقد يسبق الماء وفي وجه ضعيف يجوز الوطء إن أمن الحبل كالصغيرة والآيسة والحامل من الزنا وقال ابن أبي عصرون إذا كانت دون تسع سنين فلا منع مطلقاً فإن وطئ الأمة المرهونة فالولد حر بلا خلاف لأنها علقت به في ملكه ولا قيمة عليه لأن المرتهن لاحق له في ولد المرهونة بحال ولا حد عليه لكن يعزر لوطئه وإن لم تحبل ولا يجب عليه حد ولا مهر لكن عليه أرش البكارة إذا كانت بكراً وتكون رهناً فإن أفضاها وجب عليه قيمتها ثم يتخير الراهن في ذلك فإن شاء جعله له رهناً وإن شاء صرفه إلى قضاء الدين اهـ (النجم ج ٤/٣١٤).

(**ويجوز**) التصرف (**بما لا يضر كركوب وسكنى**) في البلد لامتناع السفر به وإن قَصُرَ بلا اذن إلا لضرورة كنهب أو جدب وكذا له السكنى ولبس اهـ تحفة (٥/٧٦ ـ ٧٧) خفيف لما روى الدار قطني والحاكم والبيهقي عن أبي سعيد الخدري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال «الرهن مركوب ومحلوب» وفي البخاري أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ولبن الدر

ولا يجوز رهنه بدين آخر ولو عند المرتهن وعلى الراهن مؤنة الرهن ويلزم بها صيانة لحق المرتهن وله زوائده كلبن وثمرة وإن هلك عند المرتهن بلا تفريط لم يلزمه شيء......................

الشرح

يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً وعلى الذي يركب ويشرب النفقة» (**ولا يجوز**) في الجديد (**رهنه بدين آخر ولو عند المرتهن**) ولو وفى بالدينين لأنه مشغول والمشغول لا يشغل بخلاف الرهن فوق الرهن بالدين الواحد لأنه زيادة في الوثيقة فهو كما لو رهنهما معاً به فهي زيادة في قدر المرهون ولذلك.

قال ابن الوردي:

والرهن فوق الرهن زد بالدين — لا الدين فوق الدين بالرهين

(انظر إعانة الطالبين ج ٣ صـ ٦٣)

(**وعلى الراهن مؤنة الرهن**) كنفقة رقيق وكسوته وعلف دابة وأجرة رد آبق ومكان حفظ وإعادة ما يهدم إجماعاً خلافاً لما شذ به الحسن فإن غاب أو أعسر راجع المرتهن الحاكم وله الانفاق بإذنه ليكون رهناً بالنفقة أيضاً فإن تعذر استئذانه وأشهد بالإنفاق ليرجع رجع وإلا فلا اهـ (فتح المعين ج٣/٦٢ ـ ٦٣).

(**ويلزم بها صيانة لحق المرتهن**) لا من حيث الملك لأن له ترك سقي زرعه وعمارة داره ولا لحق الله تعالى لاختصاصه بذي الروح وإن مرض الرهن واحتاج إلى دواء فإن الراهن لا يجبر عليه لأنه لا يتحقق أنه سبب لبقائه وقد يبرأ بغير علاج بخلاف النفقة عليه لأنه لا يبقى من غير نفقة اهـ (تحفة ج٥/٨٧ مع زيادة من غيرها). (**وله زوائده**) المنفصلة (**كلبن وثمرة**) لأن الرهن لا يسري إليها بخلاف المتصلة كسمن وكبر شجرة فيسري إليها الرهن إذ لا يمكن انفصالها ولو شرط أن تحدث زوائده كثمرة ونتاج الشاة مرهونة فلا يصح الرهن (**وإن هلك**) المرهون (**عند المرتهن بلا تفريط لم يلزمه شيء**) ويصدق بيمينه

أو بتفريط ضمنه ولا يسقط بتلفه شيء من الدين والقول في القيمة قوله وفي الرد قول الراهن وفائدة الرهن بيع العين عند الحاجة إلى وفاء الحق فإن امتنع الراهن منه ألزمه الحاكم إما الوفاء أو البيع فإن أصر

الشرح

في دعوى التلف بلا تفريط كالمستأجر لأنه أمين هذا إذا لم يذكر سبباً أو ذكر سبباً خفياً فإن ذكر سبباً ظاهراً ففيه التفصيل المذكور في الوديعة اهـ (النجم ج٤/٣٣١) **(أو بتفريط)** كأن امتنع من الرد بعد سقوط الدين أو غفل عن نحو كتاب فأكلته الأرضة أو جعلها في محل هو مظنتها اهـ (فتح المعين مع زيادة ج٣/٥٩) **(ضمنه)** حينئذ لتفريطه **(ولا يسقط بتلفه)** أي المرهون **(شيء من الدين)** بل يجب عليه دفع جميعه لصاحبه خلافاً للحنفية والمالكية حيث قالوا يسقط بتلفه قدره من الدين بناء على أنه من ضمان المرتهن اهـ (البيجوري ج١/٣٧٨).

(والقول في القيمة) فيما إذا اختلفا في قيمته **(قوله)** أي المرتهن **(و)** القول **(في الرد قول الراهن)** فلا يقبل قول المرتهن رددته عليك بلا بينة كالمستعير لما قالوه من أن كل أمين ادعى الرد على من ائتمنه صدق بيمينه إلا المرتهن والمستأجر زاد بعضهم والملتقط لأن كلاً منهم قبضه لغرض نفسه بخلاف ما لو ادعى الرد على غير من ائتمنه كوارثه فلا يصدق إلا ببينة وخرج بالأمين الضامن كالغاصب والمستعير والمستام فلا يصدق في دعوى الرد إلا ببينة اهـ (البيجوري ج١/٣٧٨).

(وفائدة الرهن بيع العين عند الحاجة إلى وفاء الحق) الذي على الراهن للمرتهن **(فإن امتنع الراهن منه ألزمه الحاكم إما الوفاء)** للدين من محل آخر **(أو البيع)** ليوفي منه بحبس أو غيره كالتعزير **(فإن أصر)** الراهن على الامتناع ولم

باعها الحاكم.

الشرح

ينفع إجبار الحاكم (**باعها**) أي العين المرهونة (**الحاكم**) كما لو كان الراهن غائباً وليس له ما يوفى منه غير الرهن باعه عليه قاض بعد ثبوت الدين وملك الراهن والرهن وكونه بمحل ولايته وقضى الدين من ثمنه دفعاً لضرر المرتهن. والله أعلم.

** ** **

باب التفليس

إذا لزمه دين حال فطولب فادعى الإعسار فإن عهد له مال حبس حتى يقيم بينة على إعساره................................

الشرح

(باب التفليس)

هو في اللغة: النداء على المفلس وشهرته بصفة الإفلاس ليحذر الناس من معاملته وفي الشرع جعل القاضي من عليه الدين مفلساً بمنعه مِنْ التصرف في ماله والأصل فيه ما رواه الدارقطني وصحح الحاكم إسناده أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حجر على معاذ وباع ماله في دين كان عليه وقسمه بين غرمائه فأصابهم خمسة أسباع حقوقهم فقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ليس لكم إلا ذلك ثم بعثه إلى اليمن وقال لعل الله يجبرك ويؤدي عنك دينك فلم يزل باليمن حتى توفي النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

(إذا لزمه) أي الآدمي **(دين)** لازم لآدمي أو لله وكان فورياً عند الشيخ بن حجر وشيخ الإسلام وفي المغني والنهاية لا حجر بدين الله ولو فورياً اهـ (الترشيح بالمعنى ٢٣٦)

(حال) زائد على ماله **(فطولب)** به وأما إذا لم يطالب الغرماء بالحجر عليه ولا طلب هو الحجر على نفسه فلا حجر **(فادعى الإعسار)** وأنكر الغرماء إعساره.

(فإن عهد له مال) كأن لزمه بشراء أو قرض وادعى تلفه **(حبس حتى يقيم بينة على إعساره)** ويحلف معها بطلب الخصم ويغني عن بينة الإعسار بينة تلف المال اهـ (شرح المنهج ج٣/٣٢١)

وإلا حلف وخلي سبيله إلى أن يؤسر فإن كان له مال وامتنع من الوفاء باعه الحاكم ووفى عنه فإن لم يف ماله بدينه وسأل هو أو غرماؤه الحاكم الحجر حجر عليه فإذا حجر عليه لم ينفذ تصرفه في المال

الشرح

(وإلا) بان لم يعهد له مال أو لزمه بغير معاملة كالصداق والضمان والإتلافات اهـ (النجم ج٤/٣٧٥) **(حلف وخلي سبيله إلى أن يؤسر)** لأن الأصل العدم وإذا قبلنا قوله في الإعسار وحلفناه فلصاحب الدين أن يطالبه كل يوم ويدعي أنه استفاد مالاً ويحلفه اهـ (النجم ج٤/٣٧٧).

(فإن كان له مال وامتنع من الوفاء باعه الحاكم ووفى عنه) وإن رأى أن لا يبيعه ويجبره على البيع بنفسه بالحبس والتعزير فله ذلك وله أن ينخسه بحديده حتى يعطي أو يموت نص عليه الشافعي والأصحاب وذكره الرافعي في باب تارك الصلاة بعبارة تقتضي أنه لا خلاف فيه اهـ (شرح التنبيه ج٢/٤٠٧).

(فإن لم يف ماله بدينه وسأل هو) أو وكيله لأن له غرضاً ظاهراً اهـ (النجم ج٤/٣٥٧) **(أو غرماؤه)** ولو بنوابهم كأوليائهم لأن الحجر لحقهم **(الحاكم الحجر حجر عليه)** بلفظ يدل عليه نحو منعته من التصرف في أمواله أو حجرت عليه فيها أو أبطلت تصرفاته فيها ولا يحجر عليه بغير طلب منهم لأنه لمصلحتهم وهم أصحاب نظر نعم لو ترك ولي محجور السؤال فعله الحاكم وجوباً نظراً لمصلحة المحجور عليه ومثله ما لو كان لمسجد أو جهة عامة كالفقراء والمسلمين فيمن مات وورثوه وله مال على مفلس والدين مما يحجر به اهـ (إعانة الطالبين ج٣/٦٦).

(فإذا حجر عليه لم ينفذ تصرفه في المال) بوقف ولا هبة ولا بيع لتعلق

وينفق عليه وعلى عياله منه إن لم يكن له كسب ثم يبيعه الحاكم ويحتاط ويقسمه على قدر ديونهم وإن كان فيهم من دينه مؤجل لم يقض أو من عنده بدينه رهن خص من ثمنه بقدر دينه ....

الشرح

حق الغرماء به (**وينفق عليه وعلى عياله**) وزوجاته اللاتي نكحهن قبل الحجر ومماليكه كأمهات أولاده وأقاربه وإن حدثوا بعده حتى يقسم ماله لقوله صلى الله عليه وسلم «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول» ولا يعطى ذلك إلا يوماً بيوم وآخرها اليوم الذي يقسم فيه ماله فيعطى نفقته بليلته وينفق عليهم نفقة المعسرين ويكسوهم بالمعروف اهـ (النجم مع الزيادة ج٤/٣٧٠) (**منه**) أي من المال المحجور عليه (**إن لم يكن له كسب**) يليق به فإن كان له كسب فحينئذ يكون الإنفاق من كسبه فإن فضل شيء من كسبه رد إلى المال وإن نقص كمل منه اهـ (النجم ج٤/٣٧١)، (**ثم**) بعد الحجر (**يبيعه الحاكم**) فيبدأ ببيع ما يخاف فساده ثم الحيوان ثم المنقول ثم العقار وليكن البيع بحضرة المفلس أو نائبه مع الغرماء أو نوابهم لأنه أطيب للقلوب ولأنه يبين ما في ماله من العيب فلا يرد اهـ (المغني بتصرف ج٢/٢٠٥ ـ ٢٠٦).

(**ويحتاط**) فلا يسلم مبيعاً قبل قبض ثمنه ولا يبيع إلا بثمن حال من نقد البلد (**ويقسمه بين الغرماء على قدر ديونهم**) فلو كان ماله ثلاثين درهماً والغرماء ثلاثة ودين كل واحد مائة درهم قسمه بينهم أثلاثاً ولا يكلفون بينة بأن لا غريم غيرهم لأن الحجر استفاض فلو كان غريم لظهر وقال الإمام يكلفون كالورثة اهـ (انظر النجم ج٤/٣٦٨).

(**وإن كان فيهم**) أي الغرماء (**من دينه مؤجل لم يقض**) منه شيئاً حتى يحل أجله (**أو من عنده بدينه رهن خص من ثمنه بقدر دينه**) لسبق حقه (اهـ

ولو وجد أحدهم عين ماله التي باعها له فإن شاء ضارب مع الغرماء وإن شاء فسخ البيع ورجع فيها إلا أن يمنع مانع من الرجوع فيها مثل أن تستحق بشفعة أو رهن أو خلطت بأجود ونحو ذلك ويترك للمفلس دست ثوب يليق به.......................................

الشرح

شرح التنبيه ١/٤٠٨).

(**ولو وجد أحدهم**) أي الغرماء (**عين ماله التي باعها له**) ولم يتخلل ملك الغير لها كما في الروضة والتحفة خلافاً لفتح الوهاب اهـ (التحفة مع ع ب ج ٥/١٤٨) ولم يتعلق بالعين حق لازم وكان العوض حالاً (**فإن شاء ضارب مع الغرماء**) أي يشاركهم في الأموال.

(**وإن شاء فسخ البيع ورجع فيها**) وإن قال الغرماء لا تفسخ ونقدمك بالثمن دفعاً للمنه ولأنه ربما يظهر غريم آخر فيشاركه فيما أخذ قال ﷺ «إذا أفلس الرجل ووجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها من الغرماء» رواه مسلم والأصح أن خياره على الفور لأنه لدفع الضرر فكان كخيار العيب ولو قبض بعض الثمن فسخ فيما يقابل بعضه الآخر وصيغة الفسخ أن يقول فسخت البيع أو نقضته أو رفعته أو رجعت في عين مالي (**إلا أن يمنع مانع من الرجوع فيها**) أي العين (**مثل أن تستحق بشفعة أو رهن**) بأن رهنها المفلس قبل الحجر عليه (**أو خلطت بأجود ونحو ذلك**) بأن جنى العبد المبيع فلا رجوع فيها حينئذ.

(**ويترك للمفلس**) وهو لغة المعسر وشرعاً من زاد دينه الحال اللازم لآدمي على ماله (**دست ثوب يليق به**) وهو قميص وسروال وعمامة ومكعب ويزاد في الشتاء جبة أو نحوها والمرأة مقنعة وغيرها مما يليق بها ولا يترك له فرش وبسط لكن يسامح باللبد والحصير القليل القيمة ولو كان يلبس قبل

وقوته وقوت عياله يوم القسمة.

الشرح

الإفلاس فوق ما يليق به رد إلى اللائق أو دونه تقتيراً لم يزد عليه ويترك للعالم كتبه قاله العبادي وابن الأستاذ وقال تفقها يترك للجندي المرتزق خيله وسلاحه المحتاج إليهما بخلاف المتطوع بالجهاد وكل ما يترك للمفلس إن لم يوجد في ماله اشتري له اهـ (شرح المنهج ج٣/٣١٩ ـ ٣٢٠).

(**وقوته وقوت عياله يوم القسمة**) لأنه موسر في أوله وليس عليه بعد القسمة أن يكتسب أو يؤجر نفسه لبقية الدين وقال عمر بن عبدالعزيز وأحمد يلزمه أن يكتسب ويؤجر نفسه لتبرأ ذمته ونقل ابن الصلاح عن أبي عبدالله محمد بن الفضل الفراوي وكان من أصحاب إمام الحرمين أنه قال إن وجب الدين بسبب هو عاص به كإتلاف عمداً وجب عليه الاكتساب لأن التوبة منه واجبة وأداؤه من جملة شروطها لكونه حق آدمي وإن لم يكن عاصياً لم يجب اهـ (النجم ج٤/٣٧٣ ـ ٣٧٤).

والله أعلم

** ** **

لا يجوز تصرف الصبي والمجنون في مالهما.....................

الشرح

(باب الحجر)

هو في اللغة: المنع وفي الاصطلاح: المنع من تصرف خاص بسبب خاص والأصل في الباب قوله تعالى ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡ﴾ فأخبر تعالى: أن هؤلاء ينوب عنهم أولياؤهم فدل على ثبوت الحجر. والمحجور عليهم ثمانية: خمسة حجر عليهم لحق غيرهم وثلاثة حجر عليهم لحق أنفسهم فأما الخمسة المحجور عليهم لحق غيرهم فالمفلس حجر عليه لحق الغرماء والمريض لحق الورثة والعبد القن والمكاتب لحق السيد والمرتد لحق المسلمين، وأما الثلاثة المحجور عليهم لحق أنفسهم فالصبي والمجنون والسفيه وهذا موضع ذكرهم.

(لا يجوز تصرف الصبي والمجنون في مالهما) قال تعالى: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا أَوۡ لَا يَسۡتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِ﴾ وفسر الشافعي رحمه الله تعالى «السفيه» بالمبذر و«الضعيف» بالصبي والذي لا يستطيع بالمغلوب على عقله، وفسره ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا بالأخرس اهـ النجم مع الزيادة (ج٤/٣٩٦ ـ ٣٩٧).

والحاصل أن الصبي يحجر عليه في غير العبادات فلا تصح عقوده ولا يكون قاضياً ولا والياً ولا يلي نكاحاً ولا غيره أما عبادته فتصح إذا كان مميزاً وكذا يصح إذنه في دخول الدار وإيصال الهدية إذا لم يجرب عليه الكذب وله تملك المباحات وإزالة المنكرات ويجوز توكيله في تفرقة الزكاة ونحوها إذا عين له المدفوع إليه وأن المجنون يحجر عليه في جميع الأشياء من عبادة ومعاملة

ويتصرف لهما الولي وهو الأب أو الجد أب الأب عند عدمه ثم الوصي ثم الحاكم أو أمينه ويتصرف لهما بالغبطة ....

الشرح

وولاية نعم يصح تملكه بالاصطياد والاحتطاب ونحوهما اهـ (الياقوت بتصرف صـ٨٦).

(**ويتصرف لهما الولي**) الشرعي (**وهو الأب**) بالإجماع هذا إذا كان أميناً وليس للحاكم منعه من ذلك (**أو الجد أب الأب عند عدمه**) وقال مالك لا ولاية للجد والشرط فيهما الحرية فلا ولاية لرقيق في مال ولده ويشترط أيضاً الإسلام في الولد المسلم ولا يحتاج الحاكم إلى إثبات عدالتهما الباطنة بل يكتفى بالعدالة الظاهرة لكن إذا فسقا نزع القاضي المال منهما فإذا عادا إلى الصلاح عادت ولا يتهما وأمانتهما على الأصح اهـ النجم بتصرف (ج٤/٤٢١ ـ ٤٢٢)، (**ثم الوصي**) عمن تأخر موته منهما وشرطه العدالة الباطنة (**ثم الحاكم**) بنفسه (**أو أمينه**) لخبر السلطان ولي من لا ولي له رواه الترمذي وحسنه والحاكم وصححه والمراد قاضي بلد الصبي فإن كان ببلد وماله بآخر فولي ماله قاضي بلد المال بالنظر لتصرفه فيه بالحفظ والتعهد وفعل ما فيه المصلحة إذا أشرف على الهلاك كبيعه وإجارته وأما بالنظر لاستنمائه فالولاية عليه لقاضي بلد الصبي اهـ (شرح المنهج ج٣/٣٤٦).

(**ويتصرف لهما**) الولي ممن ذكر (**بالغبطة**) وهي التصرف فيما فيه ربح عاجل له بال فيبني دوره بالطين والآجر لا اللبن والجص ولا يبيع عقاره إلا لحاجة أو غبطة ظاهرة ولا يبيع ماله بعرض ونسيئة للمصلحة ويأخذ له بالشفعة أو يترك بحسب المصلحة.

[تَنْبِيْهٌ]: عبر المصنف بالغبطة ولم أر من تبعه وعبر غيره بالمصلحة

فإن ادعى أنه أنفق عليه ماله أو تلف قبل أو أنه دفعه إليه فلا فإذا بلغ أو أفاق رشيداً بأن بلغ مصلحاً لدينه وماله انفك الحجر ....

الشرح

والتعبير بها أولى لأن المصلحة أعم من الغبطة إذ هي شراء ما يتوقع فيه الربح وبيع ما يتوقع فيه الخسران فهي أعم من الغبطة.

(**فإن ادعى**) الولي (**أنه أنفق عليه ماله**) بالمعروف (**أو تلف قبل**) الولي بيمينه أباً كان أو غيره لأن ذلك مما يعسر إقامة البينة عليه مع كونه مؤتمناً شرعاً اهـ (شرح التنبيه ج١/٤١٣)

(**أو**) ادعى (**أنه دفعه إليه فلا**) يقبل إلا ببينة أباً كان أو غيره لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ دل الأمر بالإشهاد على أن الولي لا يصدق في دفعه اهـ (شرح التنبيه ج١/٤١٣).

(**فإذا بلغ**) الصبي (**أو أفاق**) المجنون.

(**رشيداً بأن بلغ مصلحاً لدينه وماله**) عند الإمام الشافعي رحمه الله تعالى والرشيد عند الأئمة الثلاثة المصلح لدنياه وجرى عليه ابن عبدالسلام من الشافعية وفي وجه حكاه المتولي أنه إذا بلغ مصلحاً لماله سلم إليه ونفذ تصرفه فيه وإن كان فاسقاً وهو مذهب أبي حنيفة ومالك وبهذا الوجه قضى البدر ابن جماعة وأفتى به قاضي القضاة ابن زين وابن عجيل وغيرهم قلت ولا يسع في هذا الزمان إلا تقليد هؤلاء الأئمة وأنى يوجد من يبلغ مصلحاً لدينه في أولاد الأخيار فضلاً عن النساء والأنذال وعلى المعتمد لو كانت المرأة بلغت سفيهة تاركة للصلاة ولم تزل كذلك فباعت أرضاً لها لم يصح البيع اهـ (تلخيص فتاوى ابن زياد للحبيب العلامة عبدالرحمن بن محمد المشهور (٢٢٦ ـ ٢٢٧).
(**انفك الحجر**) بلا قاض لأنه حجر ثبت بلا قاض فلا يتوقف زواله على فك

ولا يسلم إليه المال إلا بالاختبار فيما يليق به قبل البلوغ وإن بلغ أو أفاق مفسداً لدينه أو ماله استديم الحجر عليه ولا يجوز تصرفه في المال ببيع وغيره سواء أذن الولي أم لا فإن أذن له في النكاح صح

الشرح

قاض (ولا يسلم إليه المال إلا بالاختبار) في الدين والمال ليعرف رشده وعدم رشده (فيما يليق به قبل البلوغ) للأمر بالابتلاء في الآية وهو الاختبار فيختبر في الدين بمشاهدة حاله في العبادات ويختبر في المحظورات وتوقي الشبهات وفي المال بحسب حاله فولد الأمير في إحسان الانفاق وولد التاجر في البيع والشراء والمماكسة فيهما وولد المحترف بما يتعلق بحرفته والجارية بالغزل وصون الأطعمة عن الهرة ونحو ذلك ولا يكتفى بمرة واحدة بل يكرر بحيث يغلب على الظن رشده وصحح الشيخان وقت الاختبار قبل البلوغ ثم قيل يصح عقده للحاجة لا بل يختبر في المماكسة فإذا أراد العقد عقد الولي ولو تلف المال المدفوع إليه بسبب الاختبار فلا ضمان على الولي اهـ (شرح التنبيه ج١/٤١٤) (وإن بلغ أو أفاق مفسداً لدينه) بأن بلغ مرتكباً لكبيرة كالسرقة والزنا والغصب وغيرها أو مصراً على صغيرة كالنظر للنساء الأجنبيات (أو ماله) بأن كمل مبذراً بأن يصرف ماله في حرام أو مكروه اهـ (البيجوري ج١/٣٨٠) أما لو صرفه في الصدقة ووجوه الخير والمطاعم والملابس التي لا تليق بحاله فلا يعتبر مبذراً.

(استديم الحجر عليه) لمفهوم الآية والمراد دام جنس الحجر عليه لأن حجر الصبى والجنون قد ارتفع بالبلوغ والإفاقة.

(ولا يجوز تصرفه) أي السفيه (في المال ببيع وغيره) من هبة وعتق وغيرهما (سواء أذن الولي أم لا) وقيل إن أذن له في البيع صح تصرفه (فإن أذن له في النكاح صح) على ما سيأتي بسطه في كتاب النكاح والفرق بين البيع والنكاح حيث صح نكاحه بالإذن ولم يصح بيعه أن المقصود من البيع المال فلا

فإن بلغ رشيداً ثم بذر حجر عليه الحاكم لا الولي وإن فسق لم يعد عليه الحجر والبلوغ بالاحتلام أو باستكمال خمسة عشرة سنه أو بالحيض والحبل في الجارية والله أعلم.

الشرح

يصح مع الحجر بخلاف النكاح (**فإن بلغ رشيداً ثم بذر**) بعد رشده (**حجر عليه الحاكم**) فقط (**لا الولي**) لأنه محل اجتهاد فإن لم يحجر عليه القاضي أثم ونفذ تصرفه ويسمى السفيه المهمل ولهم سفيه مهمل لا يصح تصرفه وهو من بلغ مستمر السفه ولم يحجر عليه وليه والأول المراد بالمهمل عند الإطلاق غالباً (**وإن فسق**) بعد وجود رشده بقي صلاح تصرفه في ماله و(**لم يعد عليه الحجر**) لأن السلف لم يحجروا على الفسقة بخلاف الاستدامة لأن حجره كان ثابتاً جنسه وفارق التبذير بأنَّه يتحقق معه إتلاف المال بخلاف الفسق.

(**والبلوغ بالاحتلام**) وهو لغةً ما يراه النائم والمراد به هنا خروج المني في نوم أو يقظة بجماع أو غيره وإمكان وقت الإمناء كمال تسع سنين قمرية تقريبية عند شيخ الإسلام والشيخ ابن حجر وقال الخطيب والرملي تحديدية (انظر ترشيح المستفيدين بالمعنى صـ ٢٣٧).

(**أو باستكمال خمسة عشرة سنة**) قمرية تحديدية لخبر ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا «عرضت على النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني ولم يرني بلغت وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني ورآني بلغت» رواه ابن حبان وأصله في الصحيحين وابتداؤها من انفصال جميع الولد اهـ (شرح المنهج ج٣/٣٣٦)

(**أو بالحيض**) بالإجماع (**والحبل في الجارية**) لأنه مسبوق بالإنزال فيحكم بعد الوضع بالبلوغ قبله بستة أشهر ولحظة اهـ (شرح المنهج بتصرف ج٣/٣٣٧). (**والله أعلم**).

باب الحوالة

يشترط فيها رضا المحيل وقبول المحتال دون رضا المحال عليه ولا تصح على من لا دين عليه وتصح بدين لازم ....

الشرح

(باب الحوالة)

هي بفتح الحاء وحكى الجيلي كسرها مشتقة من التحويل والانتقال يقال حال فلان عن العهد أي انتقل عنه وهي في الشرع عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة أخرى والأصل فيها ما روى الشيخان عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع» وفي رواية لأحمد والبيهقي «وإذا أحيل أحدكم على مليء فليحتل».

(يشترط فيها رضا المحيل) لأنه له قضاء الحق من حيث شاء ولا يتعين قضاؤه من محل معين كما لو طلب منه الوفاء من كيس بعينه اهـ (النجم ج٤/٤٧٠) **(وقبول المحتال)** لأن حقه في ذمة المحيل فلا ينتقل إلا برضاه لأن الذمم متفاوتة اهـ (النجم ٤/٤٧٠) وقال صلى الله عليه وسلم «إن لصاحب الحق يداً ومقالاً»، **(دون رضا المحال عليه)** لأنه محل الحق كالقن المبيع ولأن الحق للمحيل فله أن يستوفيه بغيره اهـ (المغني بتصرف ٢/٢٦٣)

(ولا تصح على من لا دين عليه) بناء على الأصح من أنها بيع إذ ليس للمحيل على المحال عليه شيء يجعله عوضاً عن حق المحتال اهـ (المغني ٢/٢٦٤) فإن رضي من لا دين عليه بها وتطوع بأداء دين المحيل كان ذلك من قبيل قضاء دين غيره لا من قبيل الحوالة اهـ (البيجوري ١/٣٩٢).

(وتصح بدين لازم) وهو ما لا خيار فيه ولا بد أن يجوز الاعتياض عنه كالثمن بعد زمن الخيار وإن لم يستقر كالصداق قبل الدخول والموت والأجرة

على دين لازم بشرط العلم بما يحال به وعليه وتساويهما جنساً وقدراً وصحةً وتكسيرا وحلولاً وأجلاً ويبرأ بها المحيل من دين المحتال والمحال عليه من دين المحيل ويتحول حق المحتال إلى ذمة المحال عليه فإن تعذر على المحتال أخذه من المحال عليه لفلس المحال عليه أو جحده أو غير ذلك لم يرجع إلى المحيل.

الشرح

قبل مضي المدة والثمن قبل قبض المبيع بأن يحيل به المشتري البائع على ثالث اهـ (المغني ٢/٢٦٥) (**على دين لازم**) بأن يحيل البائع غيره على المشتري سواء اتفق الدينان في سبب الوجوب أم اختلفا كأن كان أحدهما ثمناً والآخر قرضاً أو أجرة اهـ المغني (٢/٢٦٥).

(**بشرط العلم**) من جهة المحيل والمحتال (**بما يحال به**) وهو دين المحيل (**وعليه**) وهو الدين الذي على المحال عليه قدراً وصفة لأن المجهول لا يصح بيعه ولا استيفاؤه (**و**) بشرط العلم بـ (**تساويهما**) أي المحال به وعليه (**جنساً**) فلا تصح بالدراهم على الدنانير وعكسه (**وقدراً وصحةً وتكسيراً**) وجودة ورداءةً (**وحلولاً وأجلاً**) وقدر الأجل لأن الحوالة معاوضة إرفاق جوزت للحاجة.

(**ويبرأ بها المحيل من دين المحتال والمحال عليه من دين المحيل ويتحول حق المحتال إلى ذمة المحال عليه**) بالإجماع لأن ذلك فائدة الحوالة (**فإن تعذر على المحتال أخذه من المحال عليه لفلس**) طرأ على (**المحال عليه**) بعد الحوالة أو قارنها (**أو جحده**) أي إنكاره للحوالة أو لدين المحيل (**أو غير ذلك**) كتعزز المحال عليه أو موته معدماً (**لم يرجع إلى المحيل**) بشيء وإن جهل ذلك لأنه مقصر بترك البحث ولأنَّ حقه تحول وبرئت بعقد الحوالة ذمة المحيل فوجب أن لا يعود إليه كما لو أبرأه اهـ النجم (ج٤/٤٧٥) ولا يتخير لو بان المحال عليه معسراً وإن شرط يساره.

باب الضمان

يصح ضمان من يصح تصرفه في ماله فلا يصح من صبي ومجنون وسفيه وعبد لم يأذن له سيده ويصح من محجور عليه بفلس ومن عبد أذن له سيده ....

الشرح

(باب الضمان)

وهو لغةً: الالتزام وشرعاً التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار عين مضمونة أو بدن من يستحق حضوره اهـ (الياقوت ص ٩١ ـ ٩٢).

والأصل في جواز الضمان الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقوله تعالى ﴿قَالُواْ نَفۡقِدُ صُوَاعَ ٱلۡمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ قال ابن عباس «الزعيم الكفيل» وأما السنة: فروى أبو أمامة: أن النبي ﷺ خطب يوم فتح مكة فقال: ألا إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ولا تنفق امرأة شيئاً من بيتها إلا بإذن زوجها والعارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم «والزعيم» الضمين فلولا أن الضمان يلزمه إذا ضمن لم يجعله غارماً وأما الإجماع فإن أحداً من العلماء لم يخالف في صحة الضمان وإن اختلفوا في فروع منه اهـ (البيان ج٦/٣٠٣ ـ ٣٠٤).

(**يصح ضمان من يصح تصرفه في ماله**) بأن يكون من أهل التبرع ولو سكران وسفيهاً مهملاً (**فلا يصح من صبي ومجنون وسفيه**) حجر عليه لأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح منهم كالبيع (**وعبد لم يأذن له سيده**) في الضمان لأن هؤلاء كلهم ليسوا أهل تبرع (**ويصح من محجور عليه بفلس**) في ذمته لا في عين من أعيان ماله كشرائه وإن لم يطالب إلا بعد فك الحجر (**ومن عبد أذن له سيده**) فإن عين سيده للأداء جهة ككسبه ومال تجارة بيده فذاك وإذا اقتصر على

ويشترط معرفة المضمون له ولا يشترط رضاه ولا رضا المضمون عنه ولا معرفته ويشترط أن يكون المضمون ديناً ثابتاً معلوماً ....

الشرح

الإذن في الضمان فقط فمما يكسبه بعد الإذن في الضمان ومما بيده إن كان مأذوناً له في التجارة اهـ (شرح المنهج بتصرف ج٣/٣٧٨ ـ ٣٧٩).

(**ويشترط**) لصحة الضمان (**معرفة المضمون له**) أي معرفة عينه وإن لم يعرف اسمه ونسبه لتفاوت الناس في استيفاء الدين تشديداً وتسهيلاً وإنما كفت معرفة عينه لأن الظاهر عنوان الباطن ولا تكفي معرفة وكيله عند شيخ الإسلام والشيخ ابن حجر لأنه قد يعزله وأفتى ابن الصلاح بأن معرفة وكيله كمعرفته وتبعه الرملي في النهاية والخطيب في المغني اهـ (إعانة الطالبين ج٣/٧٧ وترشيح المستفيدين صـ ٢٤٠).

(**ولا يشترط رضاه**) لأن الضمان محض التزام لم يوضع على قواعد المعاقدات اهـ (شرح المنهج ج٣/٣٧٩).

(**ولا رضا المضمون عنه**) وهو المدين (**ولا معرفته**) لجواز التبرع بأداء دين غيره بغير علمه ومعرفته فيصح ضمان ميت لم يعرفه الضامن اهـ (شرح المنهج ج٣/٣٧٩)

(**ويشترط أن يكون المضمون ديناً**) ولو منفعة كالعمل الملتزم في الذمة بالإجارة أو المساقاة (**ثابتاً**) ولو باعتراف الضامن فلا يصح الضمان قبل ثبوته كنفقة الغد لأنه وثيقة له فلا يسبقه كالشهادة (**معلوماً**) فلا يصح ضمان مال مجهول كضمنت مالك على فلان وهو لا يعرفه ويصح ضمان إبل الدية وإن كانت مجهولة لأنها معلومة العدد والسن ويرجع في صفتها إلى غالب إبل البلد اهـ (شرح التنبيه بتصرف ج١/٤٢٣).

وأن يأتي بلفظ يقتضي الالتزام كضمنت دينك أو تحملته ونحو ذلك ولا يجوز تعليقه على شرط مثل إذا جاء رمضان فقد ضمنت ويصح ضمان الدرك بعد قبض الثمن وهو أن يضمن للمشتري الثمن إذا خرج المبيع مستحقاً أو معيباً ....

الشرح

(و) يشترط (**أن يأتي**) الضامن (**بلفظ يقتضي**) أي يستلزم (**الالتزام**) لأن الرضا لا يعرف إلا به وفي معناه الكتابة مع نية وإشارة أخرس مفهمة اهـ شرح المنهج (ج٣/٣٨٦) (**كضمنت دينك**) الذي على فلان (**أو تحملته ونحو ذلك**) كالتزمته أو تقلدته أما ما لا يشعر بالتزام نحو أؤدي المال وخلا عن قرينة فليس بضمان بل وعد فإن اقترن بما يشعر بالالتزام فينبغي أن يصح (**ولا يجوز تعليقه**) أي الضمان (**على شرط مثل إذا جاء**) الغد أو شهر (**رمضان فقد ضمنت**) مالك كما لا يجوز ذلك في البيع وسائر العقود (**ويصح ضمان الدرك**) بفتح الدال وبفتح الراء وإسكانها التبعة سميت بذلك لالتزام الغرامة عند إدراك المستحق عين ماله ويسمى أيضاً ضمان العهدة وهي الصك الذي يكتب فيه الثمن اهـ (النجم ج٤/٤٨٨)

(**بعد قبض الثمن**) لأن الضامن انما يضمن ما دخل في ضمان البائع والثمن لا يدخل في ضمانه إلا بالقبض اهـ (النجم ج٤/٤٨٨).

(**وهو أن يضمن للمشتري الثمن إذا خرج المبيع مستحقاً أو معيباً**) أو ناقصاً لنقص الصنجة وأن يضمن للبائع المبيع إن خرج مقابله مستحقاً لأن الحاجة تدعو إليه وفي وجه لا يصح لأنه ضمان مالم يجب اهـ (شرح التنبيه ج١/٤٢٤).

[تَنْبِيْهٌ]: لو اطلق ضمان الدرك أو العهدة اختص بما خرج مستحقاً

وللمضمون له مطالبة الضامن والمضمون عنه فان ضمن عن الضامن ضامن آخر طالب الكل وإن طالب الضامن فللضامن مطالبة الأصيل بتخليصه إن ضمن بإذنه فإن أبرأ الأصيل برئ الضامن وإن أبرئ الضامن لم يبرأ الأصيل.

الشرح

لأنه المتبادر منه لا ما خرج فاسداً بغير الاستحقاق كأن خرج معيباً أو ناقصاً ولو خرج بعض المبيع مستحقاً طولب الضامن بقسط المستحق.

(**وللمضمون له**) أو وارثه (**مطالبة الضامن والمضمون عنه**) بأن يطالبهما جميعاً أو يطالب أيهما شاء بالجميع أو يطالب أحدهما ببعضه والآخر بباقيه أما الضامن فلقوله صلى الله عليه وسلم «الزعيم غارم» رواه أبو داود وغيره وأما المضمون عنه فلأنه الأصل وقال مالك وأبو ثور لا تجوز مطالبة الضامن إلا بعد عجز المضمون عنه واختاره ابن أبي هريرة وقال ابن جرير: يطالب من شاء منهما فإذا طالب أحدهما لم يكن له مطالبة الآخر والمذهبان شاذان اهـ (النجم ج٤/٥٠٥) (**فإن ضمن عن الضامن ضامن آخر طالب الكل**) وهكذا على حسب ما تقدم (**وإن طالب**) المضمون له (**الضامن فللضامن مطالبة الأصيل**) أو وليه (**بتخليصه**) بالأداء (**إن ضمن بإذنه**) لأنه الذي ورطه ولا يحبس الأصيل وإن حبس الضامن بخلاف ما إذا لم يطالب الضامن أو ضمن بغير إذن المضمون عنه فليس له المطالبة حينئذ لأنه في الأول لم يتوجه إليه خطاب ولم يغرم وفي الثاني لم يورطه بل هو الذي ورط نفسه.

(**فإن أبرأ**) مستحق الدين (**الأصيل**) أو برئ بنحو أداء واعتياض أو حوالة (**برىء الضامن**) لأنه تبع له والفرع يسقط بسقوط أصله بدليل انفكاك الرهن بالبراءة من الدين (**وإن أبرأ الضامن لم يبرأ الأصيل**) لأنه إسقاط للوثيقة فلا

وإن قضى الضامن الدين رجع به على الأصيل إن كان ضمن بإذنه وإلاّ فلا سواء قضاه بإذنه أم لا ولا يصح ضمان الأعيان كالمغصوب والعواري وتصح الكفالة ببدن من عليه مال أو عقوبة لآدمي كالقصاص وحد القذف بإذن المكفول ....

الشرح

يسقط بها الدين كفك الرهن اهـ النجم (ج٤/٥٠٦).

(**وإن قضى الضامن الدين**) من ماله لا من سهم الغارمين (**رجع به على الأصيل إن كان ضمن بإذنه**) وإن لم يأذن في الأداء لأنه أذن له في سببه (**وإلا**) بأن ضمن بغير إذنه (**فلا**) رجوع له على الأصيل (**سواء قضاه بإذنه**) أي أداه بإذن المضمون عنه (**أم لا**) بأنْ قضاه بغير إذنه والحاصل أنه يرجع إذا كان الضمان والأداء بإذنه وكان الأداء من ماله فإن انتفى إذن له فيهما أو كان الأداء لا من ماله بل من سهم الغارمين فلا رجوع فإذا وجد الإذن في الضمان دون الأداء رجع في الأصح لأنه أذن في سبب الأداء فإن وجد الإذن في الأداء دون الضمان فلا رجوع إلا إن أدَّى بشرط الرجوع فيرجع ومن هذا الحاصل يتبين لك ما في عبارة المصنف رحمه الله من قصور عفا الله عنَّا وعنه بكرمه آمين (**ولا يصح ضمان الأعيان**) المضمونة أيْ ضمان قيمتها لو تلفت (**كالمغصوب والعواري**) بخلاف ضمان ردها فيصح بشرط قدرة الضامن على الإنتزاع أَوْ أذن من هي تحت يده وبخلاف الأعيان غير المضمونة كالوديعة لا يصح ضمانها لأن الواجب على من هي تحت يده التخلية لا الرد. والعواري جمع عارية كما لا يخفى (**وتصح الكفالة ببدن من عليه مال**) ولا يشترط العلم بقدر المال الذي على المكفول لأنه تكفل بالبدن لا بالمال (**أو عقوبة لآدمي كالقصاص وحد القذف**) أو حق لله تعالى مالي كزكاة وكفارة (**بإذن المكفول**) ببدنه الحي المكلف الرشيد وبشرط أن يعرفه الكفيل إذ ليس لأحد إلزام غيره بالحضور إلى

وإن كان عليه حد لله تعالى فلا تصح ثم إذا صحت الكفالة فأطلق طولب به في الحال وإن شرط أجلاً طولب به عند الأجل وإن انقطع خبره لم يطالب به حتى يعرف مكانه ويمهل مدة الذهاب والعود فان لم يحضره حبس........................

الشرح

الحاكم من غير إذنه ومعرفته ويشترط مع ذلك معرفة المكفول له لا رضاه ولا بد في الإذن من لفظ يدل عليه أو إشارة أخرس لا ناطق ولو مفهمة ويشترط في ميت إذن وارثه الأهل وفي غير مكلف إذن وليه وكذا في السفيه على الأوجه.

(وإن كان عليه حد لله تعالى) محض كحد خمر وزنا وسرقة **(فلا تصح)** الكفالة لأنا مأمورن بسترها والسعي في إسقاطها ما أمكن.

[تَنْبِيْهٌ]: الحاصل أن الكفالة ببدن من عليه حق لآدمي صحيحة مطلقاً وكذلك ببدن من عليه حق لله مالي بخلاف من عليه عقوبة لله لأنا مأمورون بسترها والسعي في إسقاطها ما أمكن اهـ. (البيجوري ج١/٣٩٧).

(ثم إذا صحت الكفالة) بأن توفرت أركانها وشروطها **(فأطلق)** العقد عن تقييده بأجل أو ضده **(طولب به في الحال)** لأن كل عقد صحيح حالاً ومؤجلاً إذا أطلق كان حالاً كالعوض في البيع والإجارة **(وإن شرط أجلاً)** معلوماً **(طولب به عند الأجل)** كما في ضمان الأموال فإن كان الأجل مجهولاً بطل في الأصح كما إذا أجل بالحصاد **(وإن انقطع خبره لم يطالب به حتى يعرف مكانه)** لعدم القدرة على تسليمه حال الجهل فهو كضمان المعسر والقول قول الكفيل أنه لا يعلم بمحله **(ويمهل مدة الذهاب)** إلى المحل الذي هو فيه إذا عرف مكانه **(والعود)** من المحل على العادة **(فإن)** مضت المدة و**(لم يحضره)** ولا أدى الدين عنه ولا سامح المستحق **(حبس)** لأنه مقصر لقدرته على إحضاره ويستدام

ولا تلزمه غرامة ما عليه وإن مات المكفول سقطت الكفالة لكن إن طولب بإحضاره قبل الدفن ليشهد على عينه وأمكنه ذلك لزمه.

الشرح

حبسه إلى سقوط الدين أو تعذر إحضار المكفول لنحو موت أو جهل محله أو إقامته عند من يمنعه.

(**ولا تلزمه غرامة ما عليه**) فإن شرط في الكفالة أنه يغرم المال ولو مع قوله إن فات التسليم لم تصح الكفالة ولو أدى فقدم المكفول عنه استرد خلافاً للغزي لأنه إنما غرم للحيلولة فإن قصد التوفية عنه فلا يسترد كما هو ظاهر إذ الإذن في الكفالة ليس إذناً في الغرم.

(**وإن مات المكفول سقطت الكفالة**) لأن الإحضار منوط بالحياة ولا يلزمه شيء وقيل يطالب الكفيل بما عليه من الحق لأنه وثيقة فيستوفى الحق منه عند تعذره كالرهن (**لكن إن طولب بإحضاره قبل الدفن**) لا بعده وإن لم يتغير (**ليشهد على عينه**) لعدم العلم باسمه ونسبه (**وأمكنه ذلك لزمه**) إحضاره ولو كان عالماً وولياً ونبياً ولا نظر لما يترتب على ذلك من المشقة في حضورهم في جانب الخروج من حقوق الآدميين.

** ** **

تصح من كل جائز التصرف ....

الشرح

(باب الشركة)

أفصح لغاتها: كسر الشين وإسكان الراء والثانية فتح الشين وسكون الراء.

وهي في اللغة: الاختلاط والامتزاج وفي الشرع: عقد يقتضي ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على سبيل الشيوع ومقصود الباب الشركة التي تحدث بالاختيار لقصد التصرف وتحصيل الأرباح وليست عقداً مستقلاً بل هي في الحقيقة وكالة وتوكيل والأصل في جوازها الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى ﴿أَمَّا ٱلسَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَٰكِينَ يَعْمَلُونَ فِى ٱلْبَحْرِ﴾ وبالضرورة كانوا مشتركين إما في عينها ملكاً أو في منافعها إجارةً أو إعارةً وقوله تعالى ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ ٱلْخُلَطَآءِ لَيَبْغِى بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾ «والخلطاء» هم الشركاء وأما السنة فما روى جابر أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال «من كان له شريك في ربع أو حائط فلا يبعه حتى يؤذن شريكه فإن رضي أخذ وإن كره ترك» وروي عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال «يد الله مع الشريكين ما لم يتخاونا» وقال صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول الله عز وجل «أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإن خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما» قال الشيخ أبو حامد: يعني خرجت البركة وأما الإجماع فإنه لم يخالف أحد من العلماء في جوازها في الجملة وإنما اختلفوا في أنواع منها اهـ (البيان مع زيادة ج٦/٣٥٩ إلى ٣٦١).

(تصح من كل جائز التصرف) بالإجماع ولا تصح من غيره كالبيع بأن توجد في كل واحد منهما أهلية التوكيل والتوكل لأن كلاً منهما وكيل عن الآخر فإن كان أحدهما هو المتصرف اشترط فيه أهلية التوكل وفي الآخر أهلية التوكيل

وهي أنواع أربعة وإنما تصح منها شركة العنان خاصة وهي أن يأتي ك
منهما بمال وتصح على النقود وعلى مثلي ويشترط أن يخلط المالان ......

الشرح

فقط حتى يجوز كونه أعمى كما قاله في المطلب اهـ (شرح المنهج ج٣/٣٩٥)

(وهي أنواع أربعة) وهذا التقسيم لمطلق الشركة لا الشركة الصحيحة ا
(النجم ج٥/٨).

(وإنما تصح) بالإجماع (منها شركة العنان خاصة) لسلامتها من سا
أنواع الغرر والعنان مأخوذ من عنان الدابة لاستوائهما في التصرف وغي
كاستواء طرفي العنان أو لمنع كل الآخر مما يريد كمنع العنان للدابة أو من عَ
ظهر لظهورها بالإجماع عليها أو من عنان السماء أي ما ظهر منها وغير ذل
(وهي أن يأتي كل منهما بمال) ويخلطه بمال الشريك الآخر (وتصح عل
النقود) إجماعاً وعلى الأصح في المغشوش الرائج لأنه باختلاطه يرتفع تميي
وسواء كان النقد مضروباً أم لا وقيل تختص الشركة بالنقد المضروب الخالص
اهـ (التحفة مع زيادة ج٥/٢٨٦)

(وعلى مثلي) على الأظهر كالبر والشعير والحديد لأنه إذا اختلط بجنس
ارتفع التمييز فأشبه النقدين ومن المثلي تبر الدراهم والدنانير فتصح الشركة ف
فما أطلقه الأكثرون هنا من منع الشركة فيه مبني على أنه متقوم كما نبه عليه ف
أصل الروضة وسوى بين الحلي والسبائك في ذلك اهـ (المغني مع زياد
ج٢/٢٨٩) ومن الحيلة في الشركة في المتقومات أن يبيع أحدهما بعض عرض
ببعض عرض الآخر كنصف بنصف أو ثلث بثلثين ثم يأذن له بعد التقابض
وغيره مما شرط في البيع في التصرف فيه (الياقوت ص ٩٦).

(ويشترط أن يخلط المالان) قبل العقد فإن وقع بعده في المجلس ل

بحيث لا يتميزان وأن يكون مال أحدهما من جنس مال الآخر وعلى صفته فلو كان لهذا ذهب ولهذا فضة أو لهذا حنطة ولهذا شعير أو لهذا صحيح ولهذا مكسر لم يصح ويشترط أن يأذن كل منهما للآخر في التصرف فيتصرف كل منهما بالنظر والاحتياط فلا يسافر به ولا يبيع

الشرح

يكف على الأصح أو بعد مفارقته لم يكف جزماً اهـ (المغني ج٢/٢٩٠)، (**بحيث لا يتميزان**) وإن لم تتساو أجزاؤه في القيمة ليتحقق معنى الشركة أما إذا أمكن تميزهما وإن عسر كبر أحمر بأبيض فلا يصح ولو كان لكل علامة مميزة عند مالكه دون بقية الناس فوجهان أوجههما عدم الصحة ومحل اشتراط الخلط إذا أخرجا مالين وعقدا فإن ملكا مشتركاً بإرث أو شراء أو غيرهما وأذن كل للآخر في التجارة تمت الشركة لحصول الغرض بذلك من وجه أكمل اهـ (التحفة ج٥/٢٨٧ والنجم ج٥/١٣) ولا يشترط تساوي المالين ولا العلم بقدرهما حال العقد بل تصح الشركة وإن تفاضل المالان كألف وخمسمائة والربح بنسبتهما أو جهل المال المشترك أي قدر كل واحد منهما وقت العقد وعرف وقت القسمة بنحو مراجعة حساب أو وكيل فإن تعذر معرفته وقت القسمة من سائر الوجوه فلا تصح الشركة فيه.

(**وأن يكون مال أحدهما من جنس مال الآخر وعلى صفته فلو كان لهذا ذهب ولهذا فضة أو لهذا حنطة ولهذا شعير**) أو لهذا فضة بيضاء ولهذا سوداء أو لهذا حنطة بيضاء ولهذا سمراء (**أو لهذا صحيح ولهذا مكسر لم يصح**) لأن التمييز حاصل (**ويشترط أن يأذن كل منهما للآخر في التصرف**) بالبيع والشراء الذي هو التجارة فلا يكفي الاقتصار على الإذن في التصرف إلا إن اقترن به لفظ يدل على التجارة كتصرف في هذا وعوضه (**فيتصرف كل منهما بالنظر والاحتياط فلا يسافر به**) ولا يستفيد بالإذن في السفر ركوب البحر (**ولا يبيع**

بمؤجل ولا يشترط تساوي المالين ويكون الربح والخسران بينهما على قدر المالين فإن شرطا خلاف ذلك بطلت فإن عزل أحدهما الآخر عن التصرف انعزل وللآخر التصرف إلى أن يعزله صاحبه ولكل منهما فسخها متى شاء وأما شركة الأبدان ....

الشرح

بمؤجل) ولا بنقد غير نقد البلد إلا إن راج ولا يتصرف بغبن فاحش إلا بإذن.

(ولا يشترط تساوي المالين) لأنه لا محذور فيه إذ الربح والخسران على قدرهما **(ويكون الربح والخسران بينهما على قدر المالين)** تساويا في العمل أو تفاوتا عملاً بقضية الشركة وإن لم يشرطا ذلك لأنه ثمرتهما فكان على قدرهما **(فإن شرطا خلاف ذلك بطلت)** وقسم الربح بينهما على قدر المالين ويرجع كل واحد على الآخر بأجرة عمله في مال الآخر كالقراض إذا فسد وقد يقع التقاص نعم إن تساويا مالاً وتفاوتا عملاً وشرط الأقل للأكثر عملاً لم يرجع بالزائد إن علم الفساد وأنه لا شيء في الفاسد لأنه عمل غير طامع في شيء كما لو عمل أحدهما فقط في فاسده وتنفذ التصرفات منهما للإذن اهـ (التحفة ج٥/٢٩٢).

(فإن عزل أحدهما الآخر عن التصرف) في نصيبه كأن قال عزلتك عن التصرف أو لا تتصرف في نصيبي **(انعزل)** المعزول لأن الشركة جائزة كالوكالة وحينئذ لا يتصرف إلا في نصيب نفسه **(وللآخر)** وهو العازل **(التصرف)** في نصيبه ونصيب المعزول **(إلى أن يعزله صاحبه)** لاستمرار الإذن وتنفسخ الشركة بموت أحدهما أو جنونه وبطرو الحجر بالسفه وبالإغماء كذلك إذا طال زمنه بحيث أسقط عنه فرض صلاة واحدة بمرور وقتها فلو أغمى عليه أقل من ذلك لم يضره اهـ (النجم ج٥/١٦).

(ولكل منهما فسخها متى شاء) لأنها من العقود الجائزة لأنها توكيل وتوكل **(وأما شركة الأبدان)** وهي أن يشترك اثنان ببدنهما ليكون بينهما كسبهما

فباطلة كشركة الحمالين وغيرهم من ذوي الحرف على أن يكون الكسب بينهم وشركة الوجوه والمفاوضة أيضاً باطلتان.

الشرح

متساوياً أو متفاضلاً **(فباطلة)** لأنها نوع من القمار ولأن كل واحد منهما متميز ببدنه ومنافعه فيختص بفوائده كما لو اشتركا في الاصطياد والاحتطاب فإن الأئمة اتفقوا على امتناع ذلك **(كشركة الحمالين وغيرهم من ذوي الحرف على أن يكون الكسب بينهم)** سواء كان الكسب متساوياً أو متفاوتاً مع اتفاق الصنعة أو اختلافها كخياط ونجار وجوزها الإمام أبو حنيفة مطلقاً والإمام مالك مع اتحاد الحرفة اهـ (البيجوري ج١/٣٩٨)

(وشركة الوجوه) من الوجاهة وهي العظمة والصدارة وهي أن يشترك وجيهان أو وجيه وخامل ليكون بينهما ربح ما يشريه كل منهما على انفراده أو يشتريه الوجيه ويبيع الخامل أو بالعكس اهـ (البيجوري ج١/٣٩٨)؛ **(والمفاوضة)** وهي أن يشترك اثنان ببدنهما أو مالهما ليكون بينهما كسبهما وعليهما ما يعرض من غرم بغصب أو نحوه فإن خلت عن ذلك فهي شركة أبدان في الشق الأول وشركة عنان في الشق الثاني وجوزها أبو حنيفة اهـ (البيجوري ج١/٣٩٨) **(أيضاً باطلتان)** أما شركة الوجوه فلأنها شركة في غير مال فبطلت كالشركة في الاحتطاب والاصطياد ولأن ما اشتراه كل واحد منهما ملك له وخسرانه عليه وأما شركة المفاوضة فلأنها مشتملة على أنواع من الغرر ولهذا قال الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لا أعلم في الدنيا شركة باطلة إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة ولا أعلم القمار إلا هذا اهـ (النجم ج٥/٨).

[فائدة] أفتى النووي كابن الصلاح فيمن غصب نحو نقد أو بر وخلطه بماله ولم يتميز بأن له إفراز قدر المغصوب ويحل له التصرف في الباقي اهـ (التحفة بتصرف ج٥/٢٩٣).

باب الوكالة

يشترط في الموكل والوكيل أن يكونا جائزي التصرف فيما يوكل فيه وتصح وكالة الصبي في الإذن في دخول الدار وحمل الهدية ....

الشرح

(باب الوكالة)

هي بفتح الواو وكسرها: لغةً التفويض: يقال وكل أمره إلى فلان أي فوضه إليه واكتفى به ومنه توكلت على الله وشرعاً: تفويض شخص ماله فعله مما يقبل النيابة إلى غيره بصيغة لا ليفعله بعد موته والأصل في جوازها الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ﴾ وقوله تعالى ﴿ٱذْهَبُواْ بِقَمِيصِى هَٰذَا﴾ وأما السنة فروى جابر قال: أردت الخروج إلى خيبر فأتيت النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فسلمت عليه وقلت له إني أريد الخروج إلى خيبر فقال صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «إذا لقيت وكيلي بخيبر فخذ منه خمسة عشر وسقاً من تمر فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته» وروي أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة بنت أبي سفيان بن حرب ووكل أبا رافع في قبول نكاح ميمونة ووكل عروة البارقي في شراء شاة ووكل حكيم بن حزام في شراء شاة. وأجمعت الأمة على جواز التوكيل والقياس يقتضيه أيضاً فإن الشخص قد يعجز عن القيام بمصالحه كلها بل قال القاضي حسين وغيره إنها مندوب إليها لقوله تعالى ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ اهـ (النجم مع زيادة ج٥/٢٣ ـ ٢٤). **(يشترط)** لصحة الوكالة **(في الموكل والوكيل أن يكونا جائزي التصرف فيما يوكل فيه)** فلا يصح أن يكون الصبي أو المجنون كل منهما موكلاً ولا وكيلاً ولا المرأة والمحرم أن يوكلا أو يتوكلا في النكاح **(وتصح وكالة الصبي)** المميز **(في الإذن في دخول الدار وحمل الهدية)**

والعبد في قبول النكاح ويجوز التوكيل في العقود والفسوخ والطلاق والعتق وإثبات الحقوق.........................

الشرح

لاعتماد السلف عليه في ذلك فلو كانت الهدية أمة صغيرة فجاءت لرجل وأخبرته أن سيدها أهداها له جاز له اعتماد قولها ووطؤها ويقبل خبر الصبي أيضاً في كل ما طريقه المشاهدة دون الإخبار فيقبل في رؤية النجاسة ودلالة الأعمى على القبلة وخلو الموضع عن الماء والإخبار بطلوع الفجر والشمس وغروبها بخلاف ما طريقه الاجتهاد كالافتاء والإخبار عما يتعلق بالطب ورواية الأخبار وكذلك يقبل خبره بطلب صاحب وليمة الانسان قاله الماوردي والروياني اهـ (النجم ج٥/٢٨).

(**والعبد في قبول النكاح**) لأنه لا ضرر على السيد فيه وبخلافه في الإيجاب لأنه إذا لم يزوج بنت نفسه فأولى أن لا يزوج بنت غيره وقال الغزالي يصح توكيله في الإيجاب لصحة عبارته في الجملة وإنما لم يزوج ابنته لأنه لا يتفرغ للنظر في أمرها اهـ (النجم ج٥/٢٩)، (**ويجوز التوكيل في العقود**) كبيع وهبة وسلم ورهن ونكاح وطلاق وحوالة وضمان وكفالة وشركة ومضاربة وإجارة وجعالة ووصية وصيغة الوكالة في الضمان والوصية والحوالة: جعلت موكلي ضامناً لك أو موصياً لك بكذا أو أحلتك بما لك على موكلي من كذا بنظيره مما له على فلان اهـ (النجم ج٥/٣٣) (**والفسوخ**) لأنه إذا جاز في العقود ففي حلها أولى وذلك كالإقالة والرد بالعيب والفسخ بخيار المجلس والشرط اهـ (النجم ج٥/٣٣) (**والطلاق والعتق**) تنجيزا ولا يجوز فيهما تعليقاً على الأصح (**وإثبات الحقوق**) لأن الانسان قد يدعي حقاً أو يدعى عليه بحق ولا يحسن الخصومة في ذلك أو يكره أن يتولى ذلك بنفسه فجاز أن يوكل فيه وتجوز الوكالة من غير رضا الخصم سواء كان الموكل حاضراً أو غائباً صحيحاً

واستيفائها وفي تمليك المباحات كالصيد والحشيش والمياه وأما حقوق الله تعالى فإن كانت عبادة لم يجز إلا في تفرقة الزكاة والحج وذبح الأضحية

الشرح

أو مريضاً رجلاً كان أو امرأة روي أن طلحة بن عبيد الله نازع علي بن أبي طالب في قفيز أخذه من أرضه في زمان عثمان فوكل علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ عبدالله بن جعفر وقال علي إن الخصومات يقتحمها الشيطان وإني أكره أن أحضرها وروي أنه قال «إن للخصومات قحماً» يعني مهالك ولم ينكر أحد من الصحابة ذلك اهـ (البيان ج٦/٣٩٨)

(**واستيفائها**) والإبراء منها ويشترط علم الموكل بما يبري منه لا الوكيل في الأصح (**وفي تمليك المباحات كالصيد والحشيش والمياه**) كالشراء بجامع أن كلاً سبب للملك فيحصل الملك للموكل إن قصده الوكيل له وإلا إذا قصد نفسه أو أطلق أو قصد واحدا لا بعينه لأن قصد واحد لا بعينه غير صحيح فلا يحصل الملك للموكل فإن قصد نفسه وموكله كان مشتركاً فيما يظهر اهـ (التحفة مع ع ب بتصرف ج٥/٣٠٦).

(**وأما حقوق الله تعالى فإن كانت عبادة لم يجز**) وإن لم تحتج إلى نية لأن القصد منها امتحان عين المكلف (**إلا في تفرقة الزكاة**) والكفارات وصدقة التطوع (**والحج**) والعمرة عند العجز ويندرج فيهما توابعهما كركعتي الطواف اهـ (التحفة ج٥/٣٠٣) وأما الصوم فلا تدخله النيابة في حال الحياة وفيما بعد الموت قولان اهـ (البيان ج٦/٣٩٦) (**وذبح الأضحية**) وهدي وعقيقة سواء أوكل الذابح المسلم المميز في النية أم وكل فيها مسلماً مميزاً غيره ليأتي بها عند ذبحه كما لو نوى الموكل عند ذبح وكيله وقول بعضهم لا يجوز أن يوكل فيها آخر مردود اهـ (التحفة ج٥/٣٠٣) ولا يجوز عند الشيخ بن حجر التوكيل في غسل الميت لأنه من فروض الكفايات اهـ (انظر التحفة ج٥/٣٠٣ ـ ٣٠٤).

وإن كان حداً جاز في استيفائه دون اثباته وشرطها الإيجاب باللفظ من غير تعليق كوكلتك أو بع هذا الثوب والقبول باللفظ أو الفعل وهو امتثال ما وكل به ولا يشترط الفور في القبول ....

الشرح

وخرج بالعبادة التوكيل في إزالة النجاسة فيصح لأنه من باب التروك ولذلك لا تشترط فيها النية على الأصح اهـ (النجم ج٥/٣١) والحاصل أن العبادة على ثلاثة أقسام إما أن تكون بدنية محضة فيمتنع التوكيل فيها إلا ركعتي الطواف وإما أن تكون مالية محضة فيجوز التوكيل فيها مطلقاً وإما أن تكون مالية غير محضة فيجوز التوكيل فيها بشرط أن يكون الموكل ميتاً أو معضوباً اهـ (إعانة الطالبين بتصرف ٣/٨٧). **(وإن كان)** حق الله **(حداً)** كحد الزنا والشرب والسرقة **(جاز)** التوكيل **(في استيفائه)** لأن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بعث أنيساً لاستيفاء حد الزنا ووكل عثمان علياً رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا بإقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة اهـ (البيان ج٦/٣٩٩ ـ ٤٠٠) **(دون إثباته)** لأن الحق فيه لله تعالى والمقصود دفعه وإسقاطه. **(وشرطها الإيجاب)** من الموكل أو نائبه **(باللفظ)** الصريح أو الكناية ومثله الكتابة أو إشارة الأخرس المفهمة **(من غير تعليق)** للوكالة **(كوكلتك)** في كذا **(أو بع هذا الثوب)** أو فوضت إليك كذا أو أنبتك أو أقمتك فيه **(والقبول باللفظ أو الفعل وهو)** أي الفعل **(امتثال ما وكل به)** إذا كانت الوكالة بغير جعل أما إذا كانت بجعل فلا بد فيها من القبول لفظاً إن كان الإيجاب بصيغة العقد لا الأمر وكان عمل الوكيل مضبوطاً لأنها إجارة اهـ (التحفة ج٥/٣١١).

وكذا يشترط القبول لفظاً لو كان له عين معارة أو مؤجرة أو مغصوبة فوهبها لآخر وأذن له في قبضها فوكل من هي بيده في قبضها له لابد من قبوله لفظاً لتزول يده عنها به اهـ (التحفة ج٥/٣١١).

(ولا يشترط الفور في القبول) فيجوز أن يقبل فوراً أو على التراخي وإن

فإن نجزها وعلق التصرف على شرط جاز كقوله وكلتك ولا تبع إلى شهر وليس للوكيل أن يوكل إلا بإذن أو كان مما لا يتولاه بنفسه أو لا يتمكن منه لكثرته وليس له أن يبيع ما وكل فيه لنفسه أو لابنه الصغير

الشرح

تراخى على المجلس كالوصية (**فإن نجزها وعلق التصرف على شرط جاز**) اتفاقاً (**كقوله وكلتك**) في بيع هذا العبد (**ولا تبع**) هذا العبد (**إلى**) أن يأتي (**شهر**) رمضان مثلاً فليس له بيعه قبل مجيئه (**وليس للوكيل أن يوكل إلا بإذن**) لأن الموكل لم يرض بغيره نعم لو وكله في قبض دين فقبضه وأرسله مع أحد من عياله لم يضمن كما قاله الجوري وقيد الأذرعي المرسل معه بكونه أهلاً للتسليم أي بأن يكون رشيداً اهـ (التحفة ج٥/٣٢٣).

(**أو كان مما لا يتولاه بنفسه**) لكونه لا يحسنه أو لا يليق به أو يشق عليه تعاطيه مشقة لا تحتمل عادة فله التوكيل عن موكله دون نفسه لأن التفويض لمثله إنما يقصد به الاستنابة ومن ثم لو جهل الموكل حاله أو اعتقد خلاف حاله امتنع توكيله كما أفهمه كلام الرافعي واستظهره الأسنوي اهـ (التحفة ج٥/٣٢٣).

(**أو لا يتمكن منه لكثرته**) فالمذهب أن له التوكيل عن موكله فقط فيما زاد على الممكن لأنه المضطر إليه بخلاف الممكن أي عادة بأن لا يكون فيه كبير مشقة لا تحتمل غالباً فيما يظهر ولو طرأ العجز لطرو نحو مرض أو سفر لم يجز له أن يوكل اهـ (التحفة ج٥/٣٢٣) (**وليس له أن يبيع ما وكل فيه لنفسه**) وإن أذن له وقدر له الثمن ونهاه عن الزيادة خلافاً لابن الرفعة وقوله اتحاد الطرفين عند انتفاء التهمة جائز بعيد من كلامهم لأن علة منع الاتحاد ليست التهمة بل عدم انتظام الايجاب والقبول من شخص واحد (**أو لابنه الصغير**) أو المجنون أو السفيه وإن أذن له وقدر الثمن ونهاه عن الزيادة لئلا يلزم تولي الطرفين ومن ثم لو أذن في إبراء أو إعتاق من ذكر صح إذ لا تولي لعدم اشتراط القبول في

ولا بدون ثمن مثله ولا بمؤجل ولا بغير نقد البلد إلا أن يأذن له في ذلك ولو نص على جنس الثمن فخالف لم يصح البيع كبع بألف درهم فباع بألف دينار وإن نص على القدر فزاد من الجنس صح كبع بألف فباع بألفين إلا أن ينهاه ولو قال اشتر بمائة فاشترى ما ....

الشرح

الإبراء والإعتاق اهـ (ا لتحفة مع ع ب بتصرف ج٥/٣١٨ ـ ٣١٩).

(ولا) يبيع **(بدون ثمن مثله)** بل بثمن المثل أو بأزيد منه **(ولا)** يبيع **(بمؤجل)** ولو بثمن المثل لأن المعتاد غالباً الحلول مع الخطر في النسيئة ويظهر أنه لو وكله وقت نهب جاز له البيع بمؤجل إذا حفظ به عن النهب وكذا لو وكله وقت الأمن ثم عرض النهب لأن القرينة قاضية قطعاً برضاه بذلك وكذا لو قال له بعه ببلد أو سوق كذا وأهله لا يشترون إلا بمؤجل وعلم الوكيل أن الموكل يعلم ذلك فله البيع نسيئة حينئذ فيما يظهر اهـ (التحفة ج٥/٣١٥ ـ ٣١٦). **(ولا بغير نقد البلد)** الذي وقع فيه البيع والمراد بنقد البلد ما يتعامل به أهلها غالباً نقداً كان أو عرضاً فإن تعدد لزمه البيع بأغلبهما فإن استويا في المعاملة باع بأنفعهما للموكل فإن استويا تخير بينهما فإن باع بهما قال الإمام فيه تردد للأصحاب والمذهب الجواز اهـ (شرح المنهج ج٣/٤٠٩)، **(إلا أن يأذن له في ذلك)** فيجوز لأن المنع لحقه فيزول بإذنه. **(ولو نص له على جنس الثمن فخالف لم يصح البيع كبع بألف درهم فباع بألف دينار)** لأن الأذن في جنس لا يتناول غيره فيصير كالتصرف بغير إذن اهـ (شرح التنبيه ج١/٤٣٣) **(وإن نص على القدر فزاد من الجنس صح)** لأنه زاد خيراً **(كبع بألف)** دينار **(فباع بألفين دينار إلا أن ينهاه)** عن الزيادة فتمتنع لأن النطق أبطل حق العرف اهـ (المغني ج٢/٣٠٩).

[تَنْبِيْهٌ]: لو قال بع لزيد بمائة فإنه ليس له الزيادة قطعاً لأنه ربما قصد إرفاقه اهـ (النجم بتصرف ج٥/٥٤). **(ولو قال اشتر)** لي أمة **(بمائة فاشترى ما**

تساويها بدون مائة صح وإن اشترى بمائتين ما يساوي مائتين فلا وإن قال اشتر بهذا الدينار شاة فاشترى به شاتين تساوي كل واحدة ديناراً صح وكانتا للموكل فإن لم تساو كل واحدة ديناراً لم يصح العقد وإن قال بع لزيد فباع لغيره لم يجز ....

الشرح

تساويها) أي أمة تساوي المائة (**بدون مائة صح)** لأنه حصل المقصود وزاد عليه خيراً (**وإن اشترى)** في هذه الصورة نفسها (**بمائتين ما يساوي مائتين فلا)** يصح الشراء لأنه غير مأذون فيه نطقاً ولا عرفاً وإن قال اشتر لي عبداً بمائة دينار ولا تشتر بأقل منها فاشترى عبداً بأقل منها لم يصح في حق الموكل لأنَّ النطق أبطل حق العرف وإن قال اشتر لي عبداً بمائة درهم ولا تشتري عبداً بخمسين درهماً فله أن يشتري عبداً بمائة درهم لأنه مأذون فيه نطقاً وله أن يشتري عبداً بما دون المائة وفوق الخمسين لأنه مأذون فيه عرفاً وليس له أن يشتري عبداً بخمسين لأنه غير مأذون فيه نطقاً.

(**وإن قال اشتر بهذا الدينار شاة)** ووصفها بصفة (**فاشترى به شاتين)** بالصفة المشروطة (**تساوي كل واحدة ديناراً صح وكانتا للموكل)** لأنه حصل غرضه وزاد خيراً (**فإن لم تساو كل واحدة ديناراً لم يصح العقد)** للموكل وإن زادت قيمتهما جميعاً على الدينار لفوات ما وكل فيه.

[تَنْبِيْهٌ]: يفهم من قوله فإن لم تساو كل واحدة ديناراً أن شرط صحة البيع أن تكون كل واحدة تساوي ديناراً وليس كذلك بل الشرط أن تكون إحداهما فقط مساوية للدينار ولو لم تساوه الأخرى وقيدت المتن بقولي ووصفها عما إذا لم يصفها فإن التوكيل لم يصح اهـ (انظر المغني بالمعنى ج٢/٣١٠).

(**وإن قال بع لزيد فباع لغيره لم يجز)** لأنه قد يقصد إرفاقه أو طيب ماله

وإن قال اشتر هذا الثوب فاشتراه فوجده معيباً فله الرد أو اشتر ثوباً لم يجز شراء معيب ويشترط كون الموكل فيه معلوماً من بعض الوجوه فلو قال وكلتك في بيع مالي وعتق عبدي وطلاق زوجاتي صح ....

الشرح

ومن ثم لو دلت قرينة على إرادة الربح من غير نظر إلى أحد بخصوصه جاز البيع لغيره على الأوجه فإن باع لوكيله فإن قدم الإيجاب مطلقاً أو القبول ولم يصرح بالسفارة فلا يصح وإلا صح (**وإن قال اشتر هذا الثوب فاشتراه فوجده معيباً فله الرد**) وقيل لا يرد لأن الموكل قطع اجتهاده بتعيينه ولعله أمره بشرائه بعد علمه بعيبه وهذا قول الجمهور واختاره المرشد ولكن الشيخان صححا الأول قال في الكفاية ومحل الخلاف ما إذا لم يعين الموكل الثمن أما إذا قال اشتر بهذا هذا فاشتراه ثم وجد به عيباً فإن الوكيل لا يرد قولاً واحداً (**أو اشتر ثوباً لم يجز شراء معيب**) سواء ساوى ما اشتراه به أم لا لأن الإطلاق يقتضي عرفاً السليم فإن لم يعلم الوكيل بالعيب حال الشراء ثم علم به بعد الشراء رده من غير احتياج إلى إذن الموكل لأنه أقامه مقام نفسه فإن علم الوكيل بالعيب واشتراه بثمن في الذمة وقع الشراء له وليس له الرد حينئذ.

(**ويشترط كون الموكل فيه معلوماً**) ولو (**من بعض الوجوه**) لئلا يعظم الضرر ولا يشترط علمه من كل وجه لأنها جوزت للحاجة فسومح فيها، (**فلو قال وكلتك في بيع مالي**) وقبض ديوني واستيفائها (**وعتق عبدي**) وفي نسخة عبيدي وهو الأليق والأولى (**وطلاق زوجاتي صح**) وإن لم يعلما ما ذكر لقلة الغرر ولو وقال في بعض أموالي أو شيء منها لم يصح كبع هذا أو هذا لكثرة الغرر ولو قال هب أو بع مالي أو اقض من ديوني ما شئت أو أعتق أو بع من عبيدي ما شئت صح في البعض لا في الجميع فلا يأتي الوكيل بالجميع لأن من للتبعيض اهـ (المغني ج٢/٣٠٠) أو أبرئ فلاناً عن شيء من مالي صح وحمل

أو في كل قليل وكثير أو في كل أموري لم يصح ويد الوكيل يد أمانه فما يتلف معه بلا تفريط لا يضمنه والقول في الهلاك والرد وما يدعى عليه من الخيانة قوله. ....

الشرح

على أقل شيء لأن الإبراء عقد غبن فتوسع فيه أو عما شئت منه لزمه إبقاء أقل شيء اهـ (التحفة ج٥/٣٠٨). **(أو في كل قليل وكثير)** لي **(أو في كل أموري)** أو حقوقي أو فوضت إليك كل شيء أو فوضت إليك كل شيء من مالي **(لم يصح)** لما فيه من عظيم الضرر إذ يدخل فيه ما لا يسمح الموكل كطلاق زوجاته والتصدق بجميع أمواله فظاهر كلامهم بطلان هذا وإن كان تابعاً لمعين وهو المعتمد في التحفة والنهاية والإقناع والمغني خلافاً لشيخ الإسلام في شرح المنهج اهـ (التحفة ج٥/٣٠٨ مع الياقوت ٩٩). **(ويد الوكيل يد أمانه)** كالوديع **(فما يتلف معه بلا تفريط لا يضمنه)** لأنه نائب عن الموكل في اليد والتصرف وكانت يده كيده فإن فرط ضمن. **(والقول في الهلاك)** لما وكل فيه **(والرد)** على الموكل لأنه ائتمنه بخلاف الرد على غير الموكل كرسوله فيصدق الرسول بيمينه لأنه لم يأتمنه فلا يقبل قوله عليه اهـ المغنى بالمعنى (٢/٣١٨). **(وما يدعى عليه من الخيانة قوله)** بيمينه لتعذر إقامة البينة على الهلاك ولأن الأصل عدم الخيانة ولا فرق بين أن يكون بجعل أولا لأنه إن كان بغير جعل فقد أخذ العين بمحض غرض المالك فأشبه المودع وإن كان بجعل فلانه إنما أخذ العين لنفع المالك وانتفاعه هو إنما بالعمل في العين لا بالعين نفسها ولا فرق بين أن يكون قبل العزل أم لا خلافاً لما في المطلب. اهـ (المغنى ٢/٣١٨)

[فرع] لو اختلفا في أصل الوكالة بعد التصرف كوكلتني في كذا فقال ما وكلتك أو في صفتها بأن قال وكلتني بالبيع نسيئة أو بالشراء بعشرين فقال بل نقداً أو بعشرة صدق الموكل بيمينه في الكل لأن الأصل معه اهـ (فتح المعين

ولكل منهما الفسخ متى شاء فإن عزله ولم يعلم فتصرف لم يصح التصرف وإن مات أحدهما أو جن أو أغمي عليه انفسخت.

الشرح

ج٣/٩٥ ـ ٩٦)، (**ولكل منهما الفسخ متى شاء**) ولو بعد التصرف فيفسخها بالقول كأن يقول فسختها أو أبطلتها أو يقول عزلتك أو يقول الوكيل عزلت نفسي أو نحو ذلك كرفعتها ورددتها نعم إن لزم على انعزال الوكيل ضياع مال الموكل فيه فليس له أن يعزل نفسه ولا ينعزل كما قاله الأذرعي.

(**فإن عزله ولم يعلم فتصرف لم يصح التصرف**) لأنه رفع عقد لم يحتج فيه إلى الرضا فلم يحتج إلى العلم كالطلاق وكما لو جن الموكل فإنه ينعزل الوكيل وإن لم يعلم وكما لو وكله في بيع عبدٍ أو اعتاقه ثم باعه أو أعتقه الموكل فإنه يعزل ضمناً فهذا أولى وقد روى البيهقي: أن أمة أمر مولاها رجلاً ببيعها ثم أعتقها سيدها قبل أن يبيعها فقضى عمر الخبر كالقاضي وكالنسخ لا يلزم المكلف قبل بلوغ الخبر وإلى هذا ذهب الأئمة الثلاثة اهـ (النجم ج٥/٦٣ ـ ٦٤). بعتقها ورد ثمنها وأخذ صداقها من المشتري لأنه وطئها، وفي قول لا ينعزل حتى يبلغه

(**وإن مات أحدهما أو جن أو أغمي عليه انفسخت**) وإن لم يعلم به الآخر ولو قصرت مدة الجنون وينعزل كذلك بزوال ملك الموكل عما وكل فيه أو منفعته كأن باع أو وقف أو آجر أو رهن أو زوج امة اهـ (فتح المعين ج٣/٩٦)

[تَنْبِيْهٌ]: لا يصدق الموكل بعد تصرف الوكيل في قوله كنت عزلته إلا ببينة يقيمها على العزل قال الأسنوي وصورته إذا أنكر الوكيل العزل فإن وافقه على العزل لكن ادعى أنه بعد التصرف فهو كدعوى الزوج تقدم الرجعة على انقضاء المدة وفيه تفصيل معروف اهـ (فتح المعين ج٣/٩٦ ـ ٩٧).

باب الوديعة

لا تصح إلا من جائز التصرف عند جائز التصرف فإن أودع صبي أو سفيه عند بالغ شيئا فلا يقبله.........................

الشرح

(باب الوديعة)

الوديعة مشتقة من السكون فكأنها ساكنة عند المودع وقيل إنها مشتقة من الدعة فكأنها في دعة عند المودع والأصل في الوديعة الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ وهذه الآية وإن نزلت في رد مفتاح الكعبة إلى عثمان بن طلحة فهي عامة في جميع الأمانات، قال الواحدي: أجمعوا على أن الآية نزلت في رد مفتاح الكعبة ولم ينزل في جوف الكعبة آية سواها.

وأما السنة: فما روي أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال «أد الأمانة على من ائتمنك ولا تخن من خانك» أي لا تقابله بخيانة. وأما الإجماع: فإن الأئمة أجمعت على جواز الإيداع اهـ (البيان ج٦/٤٧١ ـ ٤٧٢ والنجم الوهاج ج٦/٣٤٣ ـ ٣٤٤).

وهي لغةً: ما وضع عند غير مالكه لحفظه، وشرعاً: العقد المقتضي للاستحفاظ والأصح أنها عقد وقيل إذن مجرد قال الإمام وليس للخلاف ثمرة فقهية.

(**لا تصح إلا من جائز التصرف**) بحيث يصح تصرفه في الشيء المودع فلا يودع كافراً مصحفاً ولا مسلماً ولا محرم صيداً (**عند جائز التصرف فإن أودع صبي**) ولو مراهقاً كامل العقل اهـ (تحفة ج٧/١٠٣)، (**أو سفيه**) أو مجنون (**عند بالغ شيئا فلا يقبله**) أي لم يجز له قبوله لأن فعله كالعدم اهـ (التحفة

فإن قبله دخل في ضمانه ولا يبرأ إلا بدفعه لوليه فلو رده للصبي لم يبرأ وإن أودع بالغ عند صبي فتلف عند الصبي لتفريط أو غيره لم يضمنه الصبي وإن أتلفه ضمنه ومن عجز عن حفظ الوديعة حرم عليه قبولها وإن قدر ولم يثق بأمانة نفسه وخاف أن يخون كره له أخذها فإن وثق استحب

الشرح

ج٧/١٠٣)، (**فإن قبله دخل في ضمانه**) ويضمنه بأقصى القيم كما هو ظاهر (**ولا يبرأ إلا بدفعه لوليه**) كما لو غصبه لوضعه يده عليه بغير إذن معتبر فأشبه الغاصب إلا أن يخاف ضياعها فأخذها على وجه الحسبة صوناً لها فلا يضمن على الأصح اهـ (تحفة مع زيادة ج٧/١٠٣).

(**فلو رده للصبي لم يبرأ**) من الضمان لأنه دخل في ضمانه بأخذه ممن لا يصح تصرفه (**وإن أودع بالغ عند صبي**) أو مجنون مالاً (**فتلف عند الصبي**) أو المجنون (**لتفريط أو غيره لم يضمنه الصبي**) أو المجنون إذ لا يصح التزامه للحفظ (**وإن أتلفه**) وهو متمول إذ غيره لا يضمن اهـ (تحفة ج٧/١٠٤)، (**ضمنه**) في الأصح. (**ومن عجز عن حفظ الوديعة حرم عليه قبولها**) أي أخذها لأنه يعرضها للتلف وإن وثق بأمانة نفسه إلا إن علم المالك بحاله على الأوجه ومع الحرمة يصح الإيداع فلا يضمن نعم إن كان المودع وكيلاً أو ولياً ضمنها الآخذ بمجرد الأخذ اهـ (التحفة ج٧/٩٩ مع زيادة).

(**وإن قدر**) على حفظها وهو أمين (**ولم يثق بأمانة نفسه وخاف أن يخون**) حالاً أو مستقبلاً بأن جوز وقوع الخيانة منه فيها مرجوحاً أو على السواء ويؤخذ منه الكراهة بالأولى إذا شك في قدرته وإن وثق بأمانة نفسه اهـ (تحفة ج٧/٩٩) (**كره له أخذها**) من مالكها الرشيد الجاهل بحاله حيث لم يتعين عليه قبولها. (**فإن وثق**) بأمانة نفسه وقدر على حفظها (**استحب**) له قبولها لأنه من التعاون

ثم يلزمه الحفظ في حرز مثلها فإن أراد السفر أو خاف الموت فليردها إلى صاحبها فإن لم يجده ولا وكيله سلمها إلى الحاكم فإن فقد فإلى أمين

الشرح

المأمور به اهـ (التحفة ج٧/١٠٠) إن كان ثم غيره وإلا وجب قبولها كما أطلقه جمع قال في الروضة كأصلها وهذا محمول على أصل القبول دون إتلاف منفعة حرزه مجاناً اهـ (انظر ابن قاسم العزى بهامش البيجوري ج٢/٦٥) ولو تعدد الأمناء القادرون فالأوجه تعينها على كل من سأله منهم لئلا يؤدي التواكل إلى تلفها ويظهر فيما لو علموا حاجته إلى الإيداع لكنه لم يسأل أحداً منهم أنه لا وجوب هنا لأنه لا تواكل حينئذ وأنه يستحب لكل منهم أن يعرض له بقبوله الإيداع إن أراد المالك الإيداع اهـ (التحفة بتصرف ج٧/١٠٠)

(**ثم يلزمه الحفظ في حرز مثلها**) والحرز يختلف باختلاف الوديعة فكل شيء له حرز يليق به كما سيأتي إن شاء الله تعالى موضحاً في باب السرقة.

(**فإن أراد السفر**) وإن قصر (**أو خاف الموت فليردها إلى صاحبها**) أو وكيله العام أو الخاص بها حيث لم يعلم رضاه ببقائها عنده فيما يظهر لا سيما إن قصر السفر كالخروج لنحو ميل مع سرعة العود وفي جواز الرد للوكيل إذا علم فسقه وجهله الموكل وعلم من حاله أنه لو علم فسقه لم يوكله نظر ظاهر اهـ (التحفة بتصرف ج٧/١٠٦)، (**فإن لم يجده ولا وكيله سلمها إلى الحاكم**) إن كان ثقة مأموناً لأنه نائب الغائب ويلزمه القبول والإشهاد على نفسه بقبضها عند الشيخ بن حجر والشيخ الخطيب خلافاً للشيخ الرملي ولو أمره القاضي بدفعها لأمين كفى إذ لا يلزم القاضي تسلمها بنفسه اهـ (التحفة مع بتصرف ج٧/١٠٧).

(**فإن فقد**) الحاكم (**فإلى أمين**) ولا يكلف تأخير السفر ويلزمه الإشهاد

فإن لم يفعل فمات ولم يوصِ بها أو سافر بها ضمنها فإن سلمها إلى أمين مع وجود الحاكم ضمن إلا أن يموت فجأة أو يقع في البلد نهب أو حريق ولم يتمكن من شيء من ذلك فسافر بها ومتى طلبها المالك لزمه الرد

الشرح

على الأمين بقبضها على الأوجه عند الشيخ بن حجر والشيخ الخطيب خلافاً للشيخ الرملي ومتى ترك هذا الترتيب مع قدرته عليه ضمن قال الفارقي: إلا في زماننا فلا يضمن بالإيداع لثقة مع وجود القاضي قطعاً لما ظهر من فساد الحكام اهـ (التحفة بتصرف ج٧/١٠٧)

(**فإن لم يفعل**) أي لم يردها لمن ذكر (**فمات**) من غير فجأة (**ولم يوص بها**) إلى الحاكم أو الأمين عند فقده (**أو سافر بها**) وقدر على دفعها لمن مر بترتيبه (**ضمنها**) لتقصيره (**فإن سلمها إلى أمين مع وجود الحاكم ضمن**) لأن أمانة الحاكم مقطوع بها فإنه لا يولى إلا بعد أن تعرف عدالته ظاهراً وباطناً وليس كذلك الواحد من الرعية اهـ (شرح التنبيه ج١/٤٤٠). (**إلا أن يموت فجأة**) أو قتل غيلة (**أو يقع في البلد نهب أو حريق**) أو غارة (**ولم يتمكن من شيء من ذلك فسافر بها**) فلا يضمن للعذر بل إذا علم أنه لا ينجيها من المهالك إلا السفر بها لزمه وإن كان السفر مخوفاً ومحل ما تقدم في غير القاضي أما القاضي إذا مات ولم يوجد مال اليتيم في تركته فلا يضمنه وإن لم يوص به لأنه أمين الشرع بخلاف سائر الأمناء ولعموم ولايته قاله ابن الصلاح قال وإنما يضمن إذا فرط قال السبكي وهذا تصريح منه بأن عدم إيصائه ليس تفريطاً وإن مات عن مرض اهـ (شرح المنهج ج٤/٧٩).

(**ومتى طلبها المالك**) ولو سكران على الأوجه (**لزمه الرد**) على الفور لقوله تعالى ﴿فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ ولقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «أد الأمانة إلى من

بأن يخلي بينه وبينها فإن أخر الرد بلا عذر أو أودعها عند غيره بلا سفر ولا ضرورة أو خلطها بمال له أو للمودع أيضاً بحيث لا يتميز

الشرح

ائتمنك» حسنه الترمذي ولا يجوز له التأخير للإشهاد وإن كان أشهد عند الدفع لقبول قوله في الرد وليس المراد بالرد حقيقته بل التمكين من الأخذ (التحفة بتصرف ١٢٤/٧) **(بأن يخلي بينه وبينها)** فلا يجب عليه نقلها وليس عليه مؤنة ردها بل هي على المالك باتفاق الأصحاب، هذا إذا كان المردود عليه أهلاً للقبض فإن كان محجور عليه لسفه أو مرض أو فلس لم يلزمه الرد بل لا يجوز ويضمن بل يرد إلى وليه ومحل وجوب الرد إذا لم يكن له شريك فلو أودعه رجلان ثم جاء أحدهما يسترد نصيبه فقيل يدفع إليه والأصح لا لأنهما اتفقا في الإيداع فكذا في الاسترداد اهـ (النجم بتصرف ج٦/٣٧١ ـ ٣٧٢).

(فإن أخر الرد بلا عذر) ضمن لتعديه بخلاف لنحو صلاة وطهر وأكل دخل وقتها وهي بغير مجلسه وملازمة غريم وكذا الإشهاد على وكيل أو ولي أو حاكم طلبها ممن أودعه إياها لاحتمال عزله فلا يقبل قول الوديع في الدفع إليه حينئذ فكان تأخيره الدفع إليه حتى يشهد على نفسه بالأخذ منه غدراً فأفهم أنه مع العذر لا يضمن وهو الذي صرح به الأكثرون اهـ (التحفة ج٧/١٢٤ مع النجم ج٦/٣٧٢).

(أو أودعها عند غيره بلا سفر ولا ضرورة) ضمنها لأنه أودعها عند من لم يأتمنه المالك.

(أو خلطها) الوديع **(بمال له أو للمودع أيضاً بحيث لا يتميز)** كبر بشعير فيضمنها لأنه لم يرض به سواء قل المخلوط أو كثر وقال مالك إن خلطها بمثلها أو أجود منها لم يضمن واحترز عما إذا تميزت بسكة أو نحوها أو كانت دراهم

أو استعملها أو أخرجها من الحرز لينتفع بها فلم ينتفع أو حفظها في دون حرزها أو قال له المالك احفظها في هذا الحرز فوضعها في دونه وهو حرزها أيضاً ضمنها ولكل منهما الفسخ متى شاء فإن مات أحدهما أو جن أو أغمي عليه انفسخت ويد المودع أمانة ....

الشرح

فخلطها بدنانير فلا ضمان لتميزها منها إلا إذا نقصت بالخلط (النجم بتصرف ج٦/٣٦٩).

(**أو استعملها**) كأن لبس الثوب أو ركب الدابة بغير عذر فيضمنها بخلاف ما إذا كان بعذر كأن لبس الثوب لدفع دود أو ركب الدابة لجماحها (**أو أخرجها من الحرز لينتفع بها فلم ينتفع**) ضمن لخيانته (**أو حفظها في دون حرزها**) بغير إذن مالكها وإن قصد إخفاءها ضمنها كذلك (**أو قال له المالك احفظها في هذا الحرز فوضعها في دونه وهو حرزها أيضاً ضمنها**) لأنه لم يرضه وإن نهاه عن النقل فنقله إلى مثله ضمن لمخالفته وقيل لا يضمن لتساوي الحرزين (**ولكل منهما الفسخ متى شاء**) كالوكالة لأنها في الحقيقة وكالة في الحفظ. (**فإن مات أحدهما أو جن أو أغمي عليه انفسخت**) لأنها وكالة في الحفظ أو إذن فيه وكلاهما يبطل بذلك وتنفسخ كذلك إذا حجر على مالكها بسفه قاله في البيان والحاوي والشامل وبعزل المالك وكذا بعزل المودع نفسه على الأصح بناء على أنها عقد وبالجحود لغير غرض وبكل فعل يتضمن الإقرار بها لآخر وبنقل المالك الملك فيها ببيع ونحوه اهـ (النجم بتصرف ج٦/٣٤٧ ـ ٣٤٨).

(**ويد المودع أمانة**) فإن تلفت في يده بغير تفريط منه لم يجب عليه الضمان لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال «ليس على المستودع غير المغل ضمان» وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود ولا مخالف لهم من الصحابة ولأنه لو وجب على المودع الضمان

فالقول في أصل الإيداع أو في الرد أو التلف قوله فلو قال ما أودعتني شيئاً أو رددتها إليك أو تلفت بلا تفريط صدق بيمينه ويشترط لفظ من المودع كاستودعتك واستحفظتك ....

الشرح

من غير تفريط لامتنع الناس من قبولها فيؤدي ذلك إلى الضرر بالمودعين اهـ (البيان ج٦/٤٧٦).

(**فالقول في أصل الإيداع**) كأن قال أودعتك كتاباً فقال لم تودعني (**أو في الرد**) على من ائتمنه ومثله التخلية (**أو التلف قوله**) أي الوديع فيصدق فيما يدعيه بيمينه (**فلو قال**) في إنكاره لأصل الوديعة (**ما أودعتني شيئاً أو**) في ادعائه الرد أو التخلية (**رددتها إليك**) أو خليت بينك وبينها (**أو**) قال في ادعاء التلف (**تلفت بلا تفريط صدق بيمينه**) لأن الأصل في الأول عدم الإيداع وأما في الثانية فلأنه أمين وأما في الثالثة فلأنه يقبل قوله في الرد ففي التلف أولى لأن الرد يمكن إقامة البينة عليه بخلاف التلف.

[تَنْبِيهٌ]: إذا ادعى المودع التلف ولم يذكر سبباً أو ذكر سبباً خفياً كسرقة صدق بيمينه وإن ذكر سبباً ظاهراً كحريق فإن عرف الحريق وعمومه صدق بلا يمين لاحتمال ما يدعيه وإن عرف دون عمومه صدق بيمينه فيحلف لاحتمال ما ادعاه وإن جهل طولب ببينة ثم يحلف على التلف به لاحتمال أنها لم تتلف به اهـ (النجم مع المنهاج ج٦/٣٧٢ ـ ٣٧٣).

(**ويشترط لفظ من المودع كاستودعتك واستحفظتك**) وكذلك ما كان صريحاً كهذه الألفاظ كأودعتك وهو وديعة عندك أو أنبتك في حفظه ونحوها وتنعقد بالكناية مع النية كخذه أو مع القرينة كخذه أمانة ولا يكفي الوضع بين يديه مع السكوت فلو قبضه المودع عنه ضمنه كل هذا في الناطق أما الأخرس

ولا يشترط القبول بل يكفي القبض.

الشرح

فتكفي اشارته ولو دخل شخص الحمام ووضع ثيابه واستحفظ الحمامي وجب عليه الحفظ وإن لم يستحفظه لم يجب عليه وقال القاضي حسين عندي يجب للعادة اهـ (النجم ج٦/٣٤٥ ـ ٣٤٦).

(**ولا يشترط القبول بل يكفي القبض**) كما في الوكالة بل الوديعة أولى لأنها أبعد عن مشابهة العقود اهـ (النجم ج٦/٣٤٦). والله أعلم.

** ** **

باب العارية

تجوز من كل جائز التصرف ....

الشرح

(باب العارية)

العارية لغةً: اسم لما يعار ولعقدها وشرعاً: إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه بصيغة وفيها لغات أفصحها تشديد الياء والثانية التخفيف والثالثة عارة على وزن ناقة والجمع العواري مشدداً ومخففاً.

قال الجوهري: كأنها منسوبة إلى العار لأن طلبها عار وعيب وغلط في ذلك بأن عين العارية واو وعين العار «ياء» وقيل مشتقة من التعاور وهو التناوب وقيل من عار يعير إذا جاء ثم ذهب بسرعة ومنه قيل للغلام الخفيف عيار لكثرة ذهابه ومجيئه (النجم ج٥/١٣٩) اهـ، والأصل في ثبوتها: الكتاب والسنة والإجماع والقياس أما الكتاب فقال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ وفي العارية إعانة، وأما السنة فروى أبو أمامة «أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه ولا وصية لوارث، والعارية مؤداة والمنحة مردودة والزعيم غارم» وأجمع المسلمون على جواز العارية، وأما القياس فلأنه لما جاز هبة الأعيان جاز هبة منافعها والأصل فيها الاستحباب وقد تجب كإعارة ثوب لدفع حر أو برد أو إعارة حبل لإنقاذ غريق والسكين لذبح حيوان محترم يخشى موته وقد تحرم كإعارة صيد من المحرم والأمة من الأجنبي وقد تكره كإعارة العبد المسلم من كافر وقد تباح كالإعارة لغني كأن استعار من له ثوب مستغن به من صاحب ثياب ثوباً وقولهم ما كان أصله الندب لا تعتريه الإباحة أمر أغلبي.

(**تجوز من كل جائز التصرف**) وهو البالغ العاقل الرشيد فلا تصح من صبي ومجنون إلا إعارة نفسه لخدمة نحو معلمه من وليه أو لما لا يقصد من

مالك للمنفعة ولو بإجارة ويجوز إعارة كل ما ينتفع به مع بقاء عينه بشرط لفظ من أحدهما.......................

الشرح

منافعه بأن لا يقابل بأجرة.

(**مالك للمنفعة ولو بإجارة**) أو وصية أو وقف وإن لم يملك العين لأن الإعارة ترد على المنفعة فقط دون العين وقيد ابن الرفعة صحتها من الموقوف عليه بما إذا كان ناظراً قال الأسنوي: يجوز للإمام إعارة مال بيت المال أي لأنه إذا جاز له التمليك فالإعارة أولى قاله في التحفة (ج٥/٤١٢) اهـ ومثله في النهاية ورد بأنه إن أعاره لمن له حق في بيت المال فهو إيصال حق لمستحقه فلا يسمى عارية أو لمن لا حق له فيه لم يجز لأن الأمام فيه كالولي في مال موليه وهو لا يجوز له إعارة شيء منه مطلقاً (**ويجوز إعارة كل ما ينتفع به**) منفعة مباحة (**مع بقاء عينه**) كالدواب والدور واللباس والدلو والفأس بخلاف ما لا ينتفع به أصلاً كالحمار الزمن أو منفعة غير مباحة كالملاهي أو مع استهلاك عينه كالأطعمة والشمع والسراج للوقود اهـ (شرح التنبيه ج١/٤٤٢).

(**بشرط لفظ من أحدهما**) يشعر بالأذن أو ما في معناه ككتابة أخرس وإشارة مفهمة وذلك لأن الانتفاع بمال الغير يتوقف على رضاه المتوقف على اللفظ الصريح أو الكناية مع النية ونحوهما قال في التحفة (ج٥/٤١٨ ـ ٤١٩) وقد يحصل بلا لفظ ضمناً كأن فرش له ثوباً ليجلس عليه كما جرى عليه المتولي واقتضى كلامهما اعتماده قيل والأوجه أنَّه إباحة[1] فلا يضمن إلا بالتعدي وكأن أذن له في حلب دابته واللبن للحالب فهي مدة الحلب عارية تحت يده وكأن سلمه البائع المبيع في ظرف فهو عارية وكأن أكل الهدية من ظرفها المعتاد أكله منها وقبل أكله هو أمانة وكذا إن كانت الهدية عوضاً.

التعليق

(١) اعتمده في النهاية والمغنى اهـ ع ب (٥/٤١٩).

وينتفع به بحسب الإذن فيفعل المأذون فيه أو مثله أو دونه إلا إن ينهاه عن الغير فإن قال ازرع حنطه جاز الشعير لا عكسه فإن قال ازرع وأطلق زرع ما شاء فإن رجع قبل وقت الحصاد بقي إلى الحصاد ......

الشرح

(**وينتفع به**) أي المعار (**بحسب الإذن**) لأن المالك لم يأذن له في غيره نعم لو أعاره دابةً ليركبها لموضع كذا ولم يتعرض للركوب في الرجوع جاز له الركوب فيه بخلاف نظيره من الإجارة والفرق إن الرد لازم للمستعير فتناول الإذن الركوب في العود عرفاً والمستأجر لا رد عليه، ولو جاوز المحل المشروط لزمه أجرة المثل ذهاباً وإياباً إليه وله الرجوع منه راكباً كما صححه السبكي وغيره بناء على إن العارية لا تبطل بالمخالفة وهو ما صححاه اهـ (التحفة ج٥/٤٢٣).

(**فيفعل المأذون فيه أو مثله أو دونه**) بل أولى (**إلا إن ينهاه عن الغير**) فلا يفعله اتباعاً لنهيه (**فإن قال ازرع حنطه جاز**) زرع الحنطة وما ضرره ضرر الحنطة أو دون ضررها كـ(**الشعير لا عكسه**) لأن ضرر الحنطة أكثر من ضرر الشعير وحيث زرع ما ليس له زرعه فللمالك قلعه مجاناً فإن مضت مدة لها أجرة لزمه جميع أجرة المثل على المعتمد وقيل يلزمه ما بين زراعة الأعلى الممنوع من زرعه وزراعة الأدنى المرخص له فيه اهـ (التحفة مع زيادة ج٥/٤٢٤). (**فإن قال ازرع وأطلق**) صح الإذن في الأصح و(**زرع ما شاء**) لإطلاق اللفظ وقال الأذرعي يزرع ما عهد زرعه هناك ولو نادراً ولو قال لتزرع ما شئت زرع ما شاء جزماً اهـ (تحفة ج٥/٤٢٤ ـ ٤٢٥)، (**فإن رجع قبل وقت الحصاد بقى إلى الحصاد**) إن نقص بالقلع لأنه محترم ولأن له أمداً ينتظر بخلاف البناء والغراس بخلاف ما إذا لم ينقص كما بحثه ابن الرفعة لانتفاء الضرر وهذا إن لم يحصد قصيلاً كالقمح أما ما يحصد قصيلاً أي مقصولاً بمعنى مقطوعاً كالشعير والفول عند تناهيهما إلى الحالة التي تفصل فيها فيكلف قلعه في وقته المعتاد اهـ

لكن بأجرة إن أذن مطلقاً وبغيرها إن أذن في معين فزرعه وإن قا
اغرس أو ابن ثم رجع فإن كان شرط عليه القلع قلع وإن لم يشرط
واختار المستعير القلع قلع.........................

الشرح

(التحفة مع زيادة ج٥/٤٣٤)، (**لكن بأجرة**) أي أجرة مدة الإبقاء وقت الرجو
(**إن أذن مطلقاً**) لأن الإباحة انقطعت بالرجوع فأشبه ما إذا أعاره دابة إلى بل
فرجع في الطريق فإنه يجب عليه نقله إلى مأمن بأجرة المثل اهـ (التحف
ج٥/٤٣٤) (**وبغيرها إن أذن في معين**) بأن قال ازرع براً أو حنطة مثلاً (**فزرعه**
ثم رجع قبل حصاده.

(**وإن قال اغرس أو ابن ثم رجع**) بعد أن بنى أو غرس (**فإن كان**) المعي
(**شرط عليه القلع قلع**) عملاً بالشرط فإن امتنع فللمعير القلع ولو اختلفا في
وقوع شرط القلع صدق المعير عند الرملي والخطيب كما لو اختلفا في أصل
العارية لأن من صدق في شيء صدق في صفته والذي اعتمده الشيخ بن حج
تصديق المستعير لأن الأصل عدم الشرط واحترام ماله اهـ (انظر التحفة مع ع ب
ج٥/٤٣٠).

(**وإن لم يشرط**) عليه القلع (**واختار المستعير القلع قلع**) بلا أرش لأن
ملكه وقد رضي بنقصه ويلزمه تسوية الحفر لأنه قلع باختياره ولو امتنع من القل
لم يجبر على التسوية اهـ (التحفة ج٥/٤٣٠)، فيلزمه إذا قلع ردها إلى ما كانت
عليه وظاهر أنَّ محل إيجاب التسوية اهـ (التحفة ج٥/٤٣٠) في الحفر الحاصل
بالقلع دون الحاصلة بالبناء أو الغرس لحدوثها بالاستعمال نبه عليه السبكي اهـ
(شرح المنهج ج٣/٤٦٤) ولو حفر زائداً على حاجة القلع لزمه طم الزائد جزماً
اهـ (التحفة ج٥/٤٣٠).

وإن لم يختر فالمعير بالخيار بين تبقيته بأجره وبين قلعه وضمان أرش ما نقص بالقلع وله الرجوع في الإعارة متى شاء إلا إن يعير أرضاً للدفن فإنه لا يرجع فيها ما لم يبل الميت ....

الشرح

(**وإن لم يختر**) المستعير القلع لم يقلع مجاناً لوضعه بحق اهـ (التحفة ج٥/٤٣٠)، (**فالمعير بالخيار**) بين ثلاث خصال تملكه بعقد بقيمته مستحق القلع حين التملك اهـ (شرح المنهج ج٣/٤٦٤)، و(**بين تبقيته بأجرة**) أي أجرة مثله (**وبين قلعه**) وهدم البناء وإن وقف مسجداً اهـ (تحفة ج٥/٤٣١) اهـ.

(**وضمان أرش ما نقص بالقلع**) وهو قدر التفاوت ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً كما في الكفاية اهـ (مغني ج٢/٣٦٦) ولا بد من ملاحظة كونه مستحق القلع فلو كانت قيمته مستحق الإبقاء عشرة ومستحق القلع تسعة ومقلوعاً ثمانية لزمه واحد فإذا تملكه لزمه تسعة اهـ (التحفة مع ع ب ج٥/٤٣١) فإن لم يختر المعير شيئاً مما ذكر لم يقلع مجاناً إن بذل المستعير الأجرة لانتفاء الضرر وكذا إن لم يبذلها في الأصح لأن المعير مقصر بتركه الاختيار راض بإتلاف منافعه ثم على الأصح قيل يبيع الحاكم الأرض وما فيها من بناء وغراس ويقسم ما بينهما والأصح أنَّه يعرض عنهما حتى يختارا شيئاً أي يختار المعير ماله اختياره ويوافقه المستعير عليه لينقطع النزاع بينهما اهـ (ملخصاً من المغني ج٢/٣٦٧).

(**وله**) أي المعير (**الرجوع في الإعارة**) مطلقة كانت أو مؤقتة (**متى شاء**) لأنها من العقود الجائزة من الطرفين فتنفسخ بما تنفسخ به الوكالة من موت أحدهما وغيره اهـ (شرح المنهج ج٣/٤٦١).

(**إلا أن يعير أرضاً للدفن**) ودفن فيها محترم (**فإنه لا يرجع فيها ما لم يبل الميت**) فإن بلى بأن صار تراباً جاز الرجوع ويجوز الرجوع كذلك بعد الحفر وقبل المواراة ولو بعد الوضع في القبر وفي هذه الحالة يغرم المعير لولي الميت

والعارية مضمونة فإن تلفت بغير الاستعمال المأذون فيه ولو بغير تفريط ضمنها بقيمتها يوم التلف فإن تلفت بالاستعمال المأذون فيه لم يضمن ....

الشرح

مؤنة حفره ولا يلزم المستعير الطم (انظر التحفة مع شرح المنهج).

(**والعارية مضمونة**) على المستعير بقيمتها يوم تلفها لا بقيمتها يوم قبضها ولا بأقصى القيم (**فإن تلفت بغير الاستعمال المأذون فيه ولو بغير تفريط**) كأن تلفت بآفة سماوية (**ضمنها بقيمتها يوم التلف**) في المتقوم وبالمثل في المثلي عند الشيخ بن حجر وشيخ الإسلام زكريا والذي اعتمده الإمام الرملي وجزم به في الأنوار إن التالف يضمن بالقيمة وإن كان مثلياً وهو ظاهر عبارة العمدة اهـ (ملخصاً من التحفة وع ب ج٥/٤٣٦ مع زيادة). (**فإن تلفت بالاستعمال المأذون فيه**) كأن أعاره ثوباً للبسه فانسحق وانمحق أو دابة للركوب أو الحمل فتلفت بهما إذا كان الحمل والركوب بحسب العادة أو أعاره سيفاً للقتال فانكسر في المعركة وغير ذلك اهـ (ملخصاً من البيجوري مع ابن قاسم) (**لم يضمن**) للإذن في الاستعمال وكذا لا ضمان على مستعير من نحو مستأجر إجارة صحيحة لأنه نائب المستأجر وهو لا يضمن فكذا هو وفي معنى المستأجر الموصى له بالمنفعة والموقوف عليه وكذا كتاب موقوف على المسلمين مثلاً استعاره فقيه فتلف في يده من غير تفريط لأنه من جملة الموقوف عليهم. اهـ (فتح المعين ج٣/١٣١ ـ ١٣٢)

[فرع]: لو اختلفا في إن التلف بالاستعمال المأذون فيه أو بغيره صدق المعير كما قاله الجلال البلقيني لأن الأصل في العارية الضمان حتى يثبت مسقطه اهـ (فتح المعين ج٣/١٣٢).

ومؤنة الرد على المستعير وليس له أن يعير.

الشرح

(**ومؤنة الرد على المستعير**) وخرج بمؤنة الرد مؤنة المعار فتلزم المالك لأنها من حقوق الملك وخالف القاضي وقال إنها على المستعير اهـ (فتح المعين ج٣/١٣٢).

(**وليس له أن يعير**) لأنه غير مالك للمنفعة وإنما أبيح له الانتفاع والمستبيح لا يملك نقل الإباحة كما أن الضيف لا يبيح لغيره ما قدم له وقال أبو حنيفة له أن يعير كما أن للمستأجر أن يؤجر اهـ (النجم بتصرف ج٥/١٤١)، ومحل عدم صحت إعارته إن لم يأذن له فإن أذن له المعير جاز فإن سمى له المستعير الثاني خرج الأول بالإعارة منها وبرئ من ضمانها ولا رجوع له فيها وإذا ردها الثاني عليه لم يبرأ بل هو كالوكيل في الإعارة فإن لم يسم له الثاني فالأول على استعارته والثاني مستعير منه وله الرجوع متى شاء فإن ردها الثاني عليه برئ اهـ (انظر النجم ج٥/١٤١ ـ ١٤٢)

[خَاتِمَةٌ]

أخذ كوزاً من سقاء ليشرب مجاناً كان الكوز عارية وإن دفع إليه فلساً وأخذ الكوز ليشرب فسقط من يده فانكسر ضمن الماء لأنه أخذه بشراء فاسد ولم يضمن الكوز لأنه بحكم الإجارة الفاسدة اهـ (النجم ج٥/١٦٤)

قال في صفوة الزبد:

.... والمستعير لم يعر لثاني
فإن يعر وهلكت تحت يديه يضمنها ثان ولم يرجع عليه

** ** **

باب الغصب

هو الاستيلاء على حق الغير عدواناً فمن غصب شيئاً له قيمة وإن قلت لزمه رده ....

الشرح

(باب الغصب)

الغصب لغةً: أخذ الشيء ظلماً، وشرعاً: استيلاء على حق الغير بغير حق، وهو من كبائر الذنوب واشترط الهروي فيه أن يكون نصاباً ونقل الماوردي الإجماع على فسق فاعله وكفر مستحله والأصل في تحريمه آيات منها قوله تعالى: ﴿وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ﴾ وفي الصحيحين: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم» وافتتحه في (المحرر) بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾، ومعناها لا يأكل بعضكم أموال بعض بالباطل وفي الحديث: «من غصب شبراً من أرض طوقه من سبع أرضين يوم القيامة» والآيات والأحاديث في الباب كثيرة.

(**هو الاستيلاء**) ويرجع فيه للعرف (**على حق الغير**) ولو خمراً وكلباً محترمين وسائر الحقوق والاختصاصات كحق متحجر وكإقامة من قعد بسوق أو مسجد لا يزعج منه وإن لم يستول على محله اهـ (التحفة ج٦/٢ ـ ٣)، (**عدواناً**) أي على جهة التعدي والظلم وخرج به نحو عارية ومأخوذ بسوم وأمانة شرعية كثوب طيرته الريح إلى حجره أو داره اهـ (التحفة ج٦/٣) وهذا الحد غير جامع لخروج ما إذا أخذ مال غيره وهو يظنه ماله فإنه يضمنه ضمان المغصوب وليس بعد وان فلو قال بلا حق كما عبر به في المنهج والروضة لا طرد ولا مانع لدخول السرقة فلو زاد «جهراً» لا نعكس اهـ (النجم بتصرف ج٥/١٦٨)، (**فمن غصب شيئاً له قيمة وإن قلت**) ضمنه بالغصب إذا تلف إذا كان متمولاً و(**لزمه رده**) ما دام باقياً وإن احتاج في رده إلى مؤن كثيرة في رده

إلا أن يترتب على رده تلف حيوان أو مال معصومين مثل أن غصب لوحاً فسمره على خرق سفينة في وسط البحر وفيها مال لغير الغاصب أو حيوان معصوم فإن تلف عنده أو أتلفه فإن كان مثلياً ضمنه بمثله...........

الشرح

وإن كان ليس له قيمة كالكلب والزبل (**إلا أن يترتب على رده تلف حيوان**) محترم مثل أن غصب خيطاً وخاط به جرح حيوان لا يؤكل وهما مما له حرمة كالآدمي والبغل والحمار وخيف من نزعه الضرر لم يلزمه رده فإن لم يكن له حرمة كالخنزير والكلب العقور نزع وكذا المرتد على المذهب.

(**أو مال معصومين**) أو اختصاص كذلك (**مثل أن غصب لوحاً فسمره على خرق سفينة في وسط البحر وفيها مال لغير الغاصب**) أو له على الأصح (**أو حيوان معصوم**) لم تنزع لحرمة المال والحيوان مع أن لذلك أمد ينتظر وله المطالبة بالقيمة للحيلولة ثم إن وصلت السفينة سالمة أخرجه وسلمه لصاحبه ورد القيمة (**فإن تلف**) المغصوب (**عنده**) بآفة أو إتلاف أجنبي (**أو أتلفه**) هو (**فإن كان مثلياً ضمنه بمثله**) لأنه أقرب إلى التالف من القيمة وسواء كانت قيمته مثل قيمته أو أكثر ولأن المثل كالنص والقيمة كالاجتهاد ولا يصار إلى الاجتهاد إلا عند فقد النص إلا أن لا يكون له قيمة أصلاً كما لو غصب ماء في البرية وظفر به على شط النهر فإنه يضمن قيمته (النجم ج٥/١٨٢ وشرح التنبيه ج١/٤٥٠).

قال في صفوة الزبد:

يضمن مثلي بمثله تلف ... بنفسه أو متلف لا يختلف

إلى أن قال:

لا في مفازة ولاقاه بيم ... في ذا وفي مقوم أقيصى القيم

فإن تعذر المثل فبالقيمة أكثر ما كانت من الغصب إلى تعذر المثل وإن كان متقوماً ضمنه بقيمته أكثر ما كانت من الغصب إلى التلف حتى لو زاد عند الغاصب بأن سمن لزمه قيمته سميناً سواء هزل بعدل ذلك أم لا

الشرح

(**فإن تعذر المثل**) حساً كأن لم يوجد بمحل الغصب ولا بدون مسافة القصر أو شرعاً كأن لم يوجد فيما ذكر إلا بأكثر من ثمن المثل اهـ (التحفة ج٦/٢٢) (**فبالقيمة**) يضمنه لأنها هي الواجبة لأنه الآن كما لا مثل له (**أكثر ما كانت من**) حين (**الغصب إلى**) حين (**تعذر المثل**) لأن وجود المثل كبقاء عين المغصوب لأنه كان مأموراً برده كما كان مأموراً برد المغصوب فإذا لم يفعل غرم أقصى قيمة المدتين اهـ (النجم ج٥/٨٥)، وصورة المسألة إذا لم يكن المثل مفقوداً عند التلف اهـ (شرح المنهج ج٣/٤٨٠).

أما إذا كان المثل مفقوداً عند التلف فيجب الأكثر من الغصب إلى التلف اهـ (التحفة ج٦/٢٣) ولو قال المستحق لا آخذ القيمة وانتظر وجود المثل قال في البيان له ذلك.

(**وإن كان متقوماً ضمنه بقيمته أكثر ما كانت من الغصب إلى التلف**) لأنه في حال زيادة القيمة غاصب مطالب بالرد فلما لم يرد في تلك الحالة ضمن بدله بخلاف ما لو رد بعد الرخص لا يغرم شيئاً لأنه مع بقاء العين يتوقع زيادتها اهـ (التحفة ج٦/٢٥) وتجب قيمته من غالب نقد البلد الذي تلف فيه فإن غلب نقدان وتساويا عين القاضي واحداً كما قاله الرافعي في كتاب البيع اهـ (المغني ج٢/٣٨٥)، (**حتى لو زاد عند الغاصب بأن سمن لزمه قيمته سميناً سواء هزل بعدل ذلك أم لا**) والأصح أن السمن الطاري في يد الغاصب لا يجبر نقص هزال قبله فلو غصب سمينة فهزلت بالبناء للمفعول لا غير ثم سمنت ردها

فإن اختلفا في قدر القيمة أو في التلف فالقول قول الغاصب أو في الرد فقول المالك وإن رده ناقص العين أو القيمة لعيب أو ناقصهما ضمن الأرش وإن نقصت القيمة بانخفاض السعر فقط لم يلزمه شيء وان كان له منفعة ضمن أجرته للمدة التي قام في يده سواء انتفع به أم لا

الشرح

وأرش السمن الأول لأن الثاني غيره ولا أثر لزوال سمن مفرط لا ينقص زواله القيمة ولو انعكس الحال بأن سمنت في يد مُعْتَدِلةٌ سمناً مفرطاً نقص قيمتها ردها ولا شيء عليه لأنها لم تنقص حقيقة ولا عرفاً اهـ (التحفة ج٦/٣٩).

(**فإن اختلفا في قدر القيمة أو في التلف**) بعد اتفاقهما على تلفه أو حلف الغاصب عليه (**فالقول قول الغاصب**) بيمينه لأن الأصل براءة الذمة من الزيادة فيثبتها المالك وتسمع بينته اهـ (التحفةج٦/٣٢).

(**أو**) اختلفا (**في الرد فقول المالك**) بيمينه لأن الأصل عدم الرد (**وإن رده ناقص العين أو القيمة لعيب أو ناقصهما**) أي العين والقيمة كأن غصب منه أردب قمح يساوي مائة فردَّ نصفه وهو يساوي ثلاثين، (**ضمن الأرش**) وهو النصف وما نقص من قيمة النصف وهو عشرون وهكذا إذا نقص العين فقط أو القيمة فقط اهـ (أنوار المسالك ص ٢٤١).

(**وإن نقصت القيمة بانخفاض السعر فقط لم يلزمه شيء**) لأنه لا نقص في ذاته ولا في صفاته والفائت إنما هو رغبات الناس وهي غير متقومة اهـ (التحفة ج٦/٣٣). وقال أبو ثور يلزمه نقص القيمة ووافقه بعض أصحابنا وادعى الإمام أنه منقاس اهـ (النجم ج٥/١٩). (**وان كان له**) أي المغصوب (**منفعة**) كدار وعبد ونحوهما (**ضمن أجرته للمدة التي قام في يده سواء انتفع به أم لا**) لأن المنافع متقومة فكانت مضمونة بالغصب كالأعيان ولو كانت الأجرة في مدة

لكن لا يلزمه مهر الجارية المغصوبة إلا أن يطأها وهي غير مطاوعة
والمثلي هو ما حصره كيل أو وزن ....

الشرح

الغصب متفاوتة فالصحيح أنه يضمن في كل بعض من أبعاض المدة بأجرة مثلها اهـ (النجم ج٥/١٩٣) ولو كان للمغصوب صنائع وجبت أجرة أعلاها إن لم يكن جمعها وإلا فأجره الكل كخياطة وحراسة وتعليم قرآن أما ما لا منفعة له أو له منفعة لا يجوز استئجاره لها كحب وكلب وآلة لهو فلا أجرة له ولو اصطاد الغاصب بالكلب فهو له كما لو غصب شبكة أو قوساً واصطاد بهما لأنه آلة محض له بخلاف ما لو غصب قناً واصطاد له فإنه يضمن صيده إن وضع يده عليه لأنه على ملك مالكه وأجرته لأن مالكه ربما استعمله في غير ذلك اهـ (التحفة ج٦/٢٩ ـ ٣٠).

(**لكن لا يلزمه مهر الجارية المغصوبة إلا أن يطأها وهي غير مطاوعة**) فيضمن مهرها اتفاقاً فإن طاوعته عالمة بالتحريم لم يلزمه مهرها في ظاهر المذهب لأنها زانية وقيل لأنه حق السيد فلا يسقط ببذلها اهـ (شرح التنبيه ج١/٤٥٣) وأما فوات منفعة البضع على المالك من غير وطء فلا تضمن بالفوات حرة كانت المغصوبة أو أمة لأن اليد لا تثبت عليها ومثلها منفعة بدن الحر لا تضمن في الأصح إذا حبسه وعطله ولم يستوف منفعته لأنه لا يدخل تحت اليد فمنافعه تفوت في يده اهـ (النجم بتصرف ج٥/١٩٣ـ١٩٤).

[**تتمة**] إذا انتفع بمسجد بأن اتخذه مسكناً أو مخزناً يضع فيه متاعه ضمن أجرة المثل قال المتولي وتكون لمصالح المسلمين كما لو أتلف مال بيت المال وبه أفتى قاضي القضاة ابن رزين والمعروف الذي أفتى به الغزالي والإمام النووي بأنها تصرف في مصالح المسجد اهـ (النجم ج٥/١٩٥).

(**والمثلي هو ما حصره كيل أو وزن**) أي أمكن ضبطه بأحدهما وإن لم

وجاز فيه السلم كالحبوب والنقود وغير ذلك والمتقوم غير ذلك كالحيوانات والمختلطات كالهريسة وغير ذلك وكل يد ترتبت على يد الغاصب فهي يد ضمان سواء علمت بالغصب أم لا فللمالك أن يضمن الأول والثاني لكن إن كانت اليد الثانية عالمة بالغصب أو جاهلة وهي يد ضمان كغصب أو عارية..........................

الشرح

يعتد فيه بخصوصه **(وجاز فيه السلم)** فما حصره عدٌّ أو ذرع كحيوان وثياب متقوم وإن جاز السلم فيه والجواهر والمعجونات ونحوها وكل ما مر مما يمتنع السلم فيه متقوم وإن حصره كيل أو وزن لأن المانع من ثبوته في الذمة بعقد السلم مانع من ثبوته فيها بالتعدي اهـ (التحفة ج٦/١٩) **(كالحبوب والنقود وغير ذلك)** كماء وتراب ورمل ونحاس وتبر ومسك وكافور وقطن وعنب ودقيق ونخالة وحبوب وأدهان وسمن ولبن ومخيض وخل لا ماء فيه وبيض وصابون وتمر وزبيب (انظر النهاية بالمعنى ١٦٢/٥) **(والمتقوم غير ذلك كالحيوانات والمختلطات كالهريسة وغير ذلك)** كالغالية والمعجون ونحوهما.

(وكل يد ترتبت على يد الغاصب) الضامن بغير تزوج اهـ (التحفة ج٦/١٣)، **(فهي يد ضمان سواء علمت بالغصب أم لا)** لأنه وضع يده على ملك غيره بغير إذنه والجهل إنما يسقط الإثم لأنه من خطاب التكليف لا الضمان لأنه من خطاب الوضع اهـ (التحفة ج٦/١٤) **(فللمالك أن يضمن الأول والثاني)** نعم الحاكم وأمينه لا يضمنان بوضع اليد على وجه الحفظ والمصلحة للمغصوب منه وكذلك من انتزع المغصوب ل لجاهل بغصبها فتلفت عند الزوج بغير الولادة فلا يضمنها لأن الزوجة من حيث هي زوجة لا تدخل تحت يد الزوج اهـ (التحفة بتصرف ج٦/١٤)، **(لكن إن كانت اليد الثانية عالمة بالغصب أو جاهلة وهي يد ضمان كغصب أو عارية)** أو بيع أو هبة أو قرض أو سوم لأنه

أو لم تكن وباشرت الإتلاف فقرار الضمان على الثاني أي إذا غرمه المالك لا يرجع على الأول وإن غرم الأول رجع عليه وإن جهلت الغصب وهي يد أمانة كوديعة فالقرار على الأول أي إذا غرم الثاني رجع على الأول وإن غرم الأول فلا..............................

الشرح

دخل على الضمان فلم يغره الغاصب اهـ (المغني ج٢/٣٧٨).

(**أو لم تكن**) يد الثاني يد ضمان بأن كانت يده يد أمان كوديعة وقراض اهـ (المغني ج٢/٣٧٨). يرده لمالكه إذا كان الغاصب حربياً أو عبداً للمغصوب منه لا غيرهما أما لو زوج غاصب المغصوبة.

(**و**) لكنها (**باشرت الإتلاف فقرار الضمان على الثاني**) فيطالب بكل ما يطالب به الأول لصدق حد الغصب عليه نعم لا يطالب بزيادة قيمة حصلت في يد الأول فقط بل المطالب بها الثاني بها الأول (**أي إذا غرمه المالك لا يرجع على الأول**) ولو أبرأ المالك الغاصب الأول لا يبرأ الثاني وإن أبرأ الثاني برىء الأول لأن الثاني هو الذي يتقرر عليه الضمان والأول كالضامن عنه قاله القفال في فتاويه اهـ (المغني ج٢/٣٧٨). (**وإن غرم الأول رجع عليه**) لأن قرار الضمان عليه (**وإن جهلت**) اليد الثانية (**الغصب وهي يد أمانة**) بغير اتهاب (**كوديعة فالقرار على الأول**) دون الثاني لأنه دخل على أن يده نائبة عن الأول لكنه طريق في الضمان اهـ (المغني ج٢/٣٧٨)

(**أي إذا غرم الثاني رجع على الأول وإن غرم الأول فلا**) يرجع على الثاني أما لو وهب الغاصب المغصوب لشخص فأتلفه فقرار الضمان على الموهوب له على الأظهر لأنه وإن كانت يده ليست يد ضمان إلا أنه أخذه للتملك اهـ (المغني ج٢/٣٧٨).

وإن غصب كلباً فيه منفعة أو جلد ميتة أو خمراً من ذمي أو من مسلم وهي محترمة لزمه الرد فإن أتلف ذلك لم يضمنه فإن دبغ الجلد أو تخللت الخمرة فهما للمغصوب منه.

الشرح

(**وإن غصب كلباً فيه منفعة**) كالاصطياد به (**أو جلد ميتة أو خمراً من ذمي**) ولم يظهرها (**أو من مسلم وهي محترمة لزمه الرد**) ومؤنة الرد على الغاصب على الأصح أما إذا كان الكلب غير منتفع به أو كانت الخمر لذمي يظهرها أو لمسلم وهي غير محترمة بأن عصرت لا بقصد الخلية فلا يجب الرد بل تراق الخمر ويحرم اقتناء الكلب (أنوار المسالك بتصرف ٢٤٢)، (**فإن أتلف**) الغاصب (**ذلك**) أي الخمر وجلد الميتة والكلب (**لم يضمنه**) لأنه لا قيمة له، (**فإن دبغ الجلد أو تخللت الخمر فهما للمغصوب منه**) لأنهما فرعا ملك له فإن تلفا في يده ضمنهما اهـ (التحفة ج٦/٤٠)

وإن غصب صليباً أو مزماراً فكسره لم يضمن الأرش لأن الصفة محرمة فلا قيمة لها فإن زاد على الكسر المشروع لزمه ما بين قيمته مكسوراً الكسر المشروع وغيره اهـ (شرح التنبيه ج١/٤٥٨).

** ** **

باب الشفعة

إنما تجب في جزء مشاع من أرض تحتمل القسمة ....

الشرح

(باب الشفعة)

الشفعة: لغةً الضم، وشرعاً: حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما يملك بعوض وما دام أن الشفعة تؤخذ قهراً وضع الأصحاب الشفعة عقب الغصب فكانت مستثناة من تحريم أخذ المال قهراً وأصلها من الكتاب قوله تعالى ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾.

ومن السنة ما رواه البخاري «قضى رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالشفعة في كل مال لم يقسم فإذا رفعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة».

(إنما تجب) أي تثبت الشفعة **(في جزء مشاع)** أي غير مقسوم **(من أرض)** ونحوها فأما الملك المقسوم فلا شفعة فيه للحديث المتقدم وغير العقار من المنقولات كالسفن والحيوانات وغيرها لا شفعة فيه سواء بيع وحده أَوْ مضموماً إلى أرض لقوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ «لا شفعة إلا في ربع أو حائط» ولأن العقار يدوم فيتأبد ضرر المشاركة فيه بخلاف غيره اهـ (شرح التنبيه ج١/٤٥٩).

(تحتمل القسمة) فما لو قسم لبطلت منفعته كالحمام الصغير والطريق الضيق فلا شفعة فيه قطعاً وقيل فيه قولان مبنيان على أن الشفعة لم شرعت؟ وفيه وجهان أصحهما لدفع الضرر الذي ينشأ من القسمة اهـ (شرح التنبيه ج١/٤٦) وهو الحاجة إلى أجرة القاسم وإلى إفزاز الحصة الصائرة إليه بالمرافق والثاني لدفع ضرر المشاركة من التأذي بأخلاقه الصعبة وكثرة الداخلين عليه وامتناعه من العمارة عند الحاجة فإن قلنا بهذا ثبتت الشفعة في كل عقار أو بالأول لم تثبت إلا فيما يجبر الشريك فيه على القسمة.

إذا ملكت بمعاوضة فيأخذها الشريك أو الشركاء على قدر حصصهم بالعوض الذي استقر عليه العقد والقول قول المشتري في قدره ويشترط اللفظ كتملكت أو أخذت بالشفعة ويجب مع ذلك إما تسليم العوض إلى المشتري أو رضاه بكونه في ذمة الشفيع أو قضاء القاضي له بالشفعة فحينئذ يملك......................................

الشرح

(**إذا ملكت بمعاوضة**) كالبيع والإجارة والنكاح والخلع والسلم والقرض والجعالة وصلح الدم لأن الحديث ورد في البيع وقيس عليه الباقي بجامع المعاوضة اهـ (شرح التنبيه ج١/٤٦).

(**فيأخذها الشريك أو الشركاء**) إذا تعددوا (**على قدر حصصهم**) فلو كان لأحدهم نصف عقار وللآخر ثلثه وللآخر سدسه فباع صاحب النصف حصته أخذها الآخران أثلاثاً لصاحب الثلث ثلثاها ولصاحب السدس ثلثها وهكذا (**بالعوض الذي استقر عليه العقد والقول قول المشتري في قدره**) بيمينه لأنه أعلم بما باشره من الشفيع والأصل بقاء ملكه فإذا حلف تخير المشتري بين الأخذ بما حلف عليه وبين الترك وإن أنكر المشتري حلف الشفيع على ما ادعاه وأخذ به هذا إذا لم تكن بينة فإذا أقام أحدهما بينة قضى بها ويقبل رجل وامرأتان وشاهد ويمين. (**ويشترط اللفظ كتملكت أو أخذت بالشفعة**) ونحوهما كاخترت الأخذ بها بخلاف أنا مطالب بها وإن سلم الثمن لأنه رغبة في التملك والملك لا يحصل بها (**ويجب مع ذلك**) اللفظ (**إما تسليم العوض إلى المشتري**) ويكفي وضعه بين يديه بحيث يتمكن من قبضه وقبض الحاكم عن المشتري كاف (**أو رضاه**) أي المشتري (**بكونه في ذمة الشفيع**) لأنه معاوضة والملك فيها لا يتوقف على القبض اهـ (النجم ج٥/٢٣٣). (**أو قضاء القاضي له بالشفعة**) أي بثبوتها لا بالملك اهـ (التحفة ج٦/٦٥) (**فحينئذ يملك**) وأما

فإن كان ما بذله المشتري مثلياً دفع مثله وإلا فقيمته حال البيع أما الملك المقسوم أو البناء والغراس إذا بيعا منفردين أو ما تبطل بالقسمة منفعته المقصودة كالبئر والطريق الضيق أو ما ملك بغير معاوضة كالموهوب أو ما لم يعلم قدر ثمنه فلا شفعه فيه ....

الشرح

بغير واحدة من الثلاث المذكورة فلا يملك فلا يكفي الاشهاد على الأخذ بالشفعة ءإن لم يرجح فيه في الروضة شيئاً وإذ ملك الشقص بغير تسليم العوض لم يتسلمه حتى يؤديه فإن لم يوده أمهل ثلاثة أيام فإن مضت ولم يحضره فسخ الحاكم ملكه اهـ (التحفة مع زيادة ج٦/٦٥).

(**فإن كان ما بذله المشتري مثلياً**) كالنقدين والحبوب (**دفع**) الشفيع (**مثله**) لأنه أقرب إلى حقه فإن انقطع المثل وقت الأخذ عدل إلى القيمة كالغصب اهـ (التحفة ج٥/٦٦ ـ ٦٧ والنجم ج٦/٢٣٥)

(**وإلا**) إذا كان ما بذله غير مثلي (**فقيمته حال البيع**) أي وقت البيع لأنه وقت اثبات العوض واستحقاق الشفعة ولأن ما زاد زاد في ملك البائع ويصدق المشتري بيمينه في قدرها حينئذ اهـ (التحفة ج٦/٦٨ والنجم ج٥/٢٣٥).

(**أما الملك المقسوم**) أي الذي وقعت فيه القسمة. (**أو البناء والغراس إذا بيعا منفردين أو ما تبطل بالقسمة منفعته المقصودة كالبئر والطريق الضيق**) والطاحون والحمام الصغيرين والمراد ببطلان المنفعة بحيث لا يمكن الانتفاع به بنفس الوجه الذي كان ينتفع به من قبل (**أو ما ملك بغير معاوضة كالموهوب**) بلا ثواب أو ملك بوصية أو وقف (**أو ما لم يعلم قدر ثمنه**) كأن قال المشتري اشتريت بكف من دراهم فالقول قوله لإمكان صدقه ويحلف على نفي العلم فإذا حلف اهـ (شرح التنبيه ج١/٤٦٧) (**فلا شفعة فيه**) أي في حالة عدم العلم بالثمن

وإن بيع البناء والغراس مع الأرض أخذه بالشفعة تبعاً لها والشفعة على الفور فإذا علم فليبادر على العادة فإن أخر بلا عذر سقطت إلا أن يكون الثمن مؤجلاً ....

الشرح

وفي جميع المسائل التي قبله كما تقدم. (**وإن بيع البناء والغراس مع الأرض أخذه بالشفعة تبعاً لها**) لما روى مسلم قضى رسول الله عليه وسلم بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به (**والشفعة**) أي طلبها (**على الفور**) وإن تأخر الملك لأنها لدفع الضرر كالرد بالعيب وفيه حديث «الشفعة كحل العقال وروي الشفعة لمن واثبها» أي بادرها وإلى ثلاثة أيام في قول نقله في الذخائر والبند نيجي عن سنن الطحاوي عن خاله المزني لأنه قد يحتاج فيها إلى نظر وتأمل قال الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «وهذا القول قلته استحسانا من غير أصل يعتمد» فيؤخذ من هذا أنه قال بالاستحسان الذي قاله أبو حنيفة اهـ (النجم ج٥/٢٤٧) وعلى التأبيد في قول إلى أن يصرح بالإسقاط أو يعرض بأن يقول للمشتري بعني أو بكم اشتريت والأظهر أنها على الفور اهـ (شرح التنبيه مع زيادة ج١/٤٦١).

(**فإذا علم فليبادر على العادة**) فلا يكلف الاسراع بل يرجع فيه إلى العرف فما يعد تقصيراً وتوانياً في الطلب يسقط الشفعة وما لا فلا كالرد بالعيب اهـ (النجم ج٥/٢٤٨) أما إذا لم يعلم فهو على شفعته وإن مضى سنون ولا يلزمه الاشهاد في طريقه على الطلب ويفارق نظيره في الرد بالعيب بأن تسلط الشفيع على الأخذ بالشفعة أقوى من تسلط المشتري على الرد بالعيب وبان الاشهاد ثم على الفسخ وهو المقصود وهنا على الطلب وهو وسيلة ويغتفر في الوسائل ما لا يفتقر في المقاصد اهـ (التحفة بتصرف ج٦/٧٨ ـ ٧٩).

(**فإن أخر بلا عذر سقطت**) لتقصيره (**إلا أن يكون الثمن مؤجلاً**) فلا

فيتخير إن شاء عجل وأخذ وإن شاء صبر حتى يحل ويأخذ ولو بلغه الخبر وهو مريض أو محبوس فليوكل فإن لم يفعل بطلت فإن لم يقدر أو كان المخبر صبياً أو غير ثقة أو أخبر وهو مسافر فسافر في طلبه فهو على شفعته.......................................

الشرح

تكون الشفعة حينئذ على الفور (**فيتخير**) الشفيع (**إن شاء عجل وأخذ**) في الحال (**وإن شاء صبر حتى يحل ويأخذ**) لانا إن جوزنا له الأخذ بالمؤجل أضررنا بالمشتري لأن الذمم تختلف وإن ألزمناه الأخذ في الحال بنظيره من الحال أضررنا بالشفيع لأن الأجل يقابله قسط من الثمن فكان ما قلناه دفعاً للضررين وجامعاً بين الحقين ولو اختار الصبر إلى حلول الأجل ثم عَنَّ له أن يعجل ويأخذ قال في «المطلب» يظهر أن له ذلك وجهاً واحداً (النجم ج٥/٢٣٦) اهـ.

[تَنْبِيْهٌ]: لو رضي المشتري بدفع الشقص وتأجيل الثمن إلى محله تعين على الشفيع الأخذ حالاً وإلا سقط حقه.

(**ولو بلغه الخبر وهو مريض أو محبوس**) ظلما أو بحق وعجز عن الطلب بنفسه اهـ (التحفة ج٦/٧٩) (**فليوكل**) في الطلب إن قدر لأنه الممكن وإذا لم يقدر على التوكيل فليشهد رجلين أو رجلاً وامرأتين بل أو واحداً ليحلف معه (التحفة ج٦/٧٩).

(**فإن لم يفعل**) المقدور من التوكيل أو الإشهاد (**بطلت**) الشفعة لتقصيره. (**فإن لم يقدر**) على التوكيل أو الإشهاد (**أو كان المخبر صبياً**) أو امرأة أو عبداً (**أو غير ثقة أو أخبر وهو مسافر فسافر في طلبه فهو على شفعته**) فإن أخبره عدلان أو رجل وامرأتان بصفة العدالة أو ثقة في الأصح أو عدد التواتر ولو كفاراً فأخر الطلب فلا حق له في الشفعة لأنه كان من حقه أن يعتمد ذلك.

وإن تصرف المشتري فبنى أو غرس تخير الشفيع بين تملك ما بناه بالقيمة وبين قلعه وضمان أرشه وإن وهب المشتري الشقص أو وقفه أو باعه أو رده بالعيب فله أن يفسخ ما فعله المشتري وله أن يأخذ من المشتري الثاني بما اشترى به وإذا مات الشفيع فللورثة الأخذ فإن عفا بعضهم أخذ الباقون الكل أو يدعون.

الشرح

[تَنْبِيْهٌ]: لو أخبر الشفيع بالبيع بألف فترك فبان بخمسمائة بقي حقه لأنه إنما ترك لغرض بان خلافه ولم يتركه رغبةً عنه وإن بان بأكثر من ألف بطل حقه لأنه إذا لم يرغب فيه بالأقل فبالأكثر أولى اهـ (التحفة بتصرف ج٦/٨٠).

(**وإن تصرف المشتري فبنى أو غرس تخير الشفيع بين تملك ما بناه بالقيمة وبين قلعه**) لذلك الذي بناه أو غرسه (**وضمان أرشه**) الذي نقص بسبب القلع لأنهما موضوعان بحق فلا سبيل إلى القلع مجاناً ولا إلى تعين الإبقاء لأنه يضر بالشفيع اهـ (شرح التنبيه ج١/٤٦٥).

(**وإن وهب المشتري الشقص أو وقفه**) ولو مسجداً (**أو باعه أو رده بالعيب**) فالتصرف صحيح لأنه واقع في ملكه وإن لم يلزم فكان كتصرف الولد فيما وهب له أبوه ومع أن التصرف صحيح (**فله**) أي الشفيع (**أن يفسخ ما فعله المشتري**) فيما لا شفعة فيه كالوقف والهبة والإجارة (**وله**) فيما فيه شفعة كالبيع (**أن يأخذ من المشتري الثاني بما اشترى به**) أو يفسخ التصرف ويأخذ من المشتري الأول لأنه ربما كان الثمن في أحدهما أقل أو من جنس هو عليه أيسر (**وإذا مات الشفيع فللورثة الأخذ**) ويأخذون بالشفعة على قدر الأنصباء وقيل على عدد الرؤوس اهـ (شرح التنبيه ج١/٤٦٦).

(**فإن عفا بعضهم**) عن حقه (**أخذ الباقون الكل أو يدعون**) كما لو كانت لاثنين فعفا أحدهما اهـ (شرح التنبيه ج١/٤٦٦).

باب القراض

هو أن يدفع إلى رجل مالاً ليتجر فيه ويكون الربح بينهما ويجوز من جائز التصرف مع ....

الشرح

(باب القراض)

القراض لغةً: مشتق من القرض وهو القطع، وشرعاً: توكيل مالك بجعل ماله بيد آخر ليتجر فيه والربح مشترك بينهما؛ والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾.

واشتهر في السير أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اتجر لخديجة في أموالها إلى الشام وأرسلت معه عبدها ميسرة، وروى مالك عن زيد بن أسلم عن عبدالله بن عمر أنه لما انصرف هو وأخوه عبيد الله إلى غزوة نهاوند اجتازا بالعراق وعليها أبو موسى الأشعري فقال لهما «إني أريد أن أصلكما بشيء وليس عندي ما أصلكما به سوى مئة ألف من مال بيت المال فاتجرا فيها ثم سلما المال إلى أمير المؤمنين بالمدينة والربح لكما» فأخذا المال واشتريا به من متاع العراق فربحا بالمدينة ربحاً كثيراً ثم أخبرا عمر بذلك فقال «أو أعطى كل رجل من المسلمين مثل ما أعطاكما؟ فقالا: لا، فقال: إنما أعطاكما لمكانكما مني فأديا المال والربح إلى بيت المال فسكت عبدالله ولم يراجع أباه بشيء وقال عبيد الله: أرأيت لو تلف هذا المال أما كان من ضماننا؟ قال نعم، قال: فالربح لنا إذن، فأعاد عمر كلامه فراجعه عبيد الله فقال عبدالرحمن بن عوف يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً ففعل فأخذ منهما المال ونصف ربحه» اهـ (النجم ٥: ٢٥٧ ـ ٢٥٨).

(هو أن يدفع إلى رجل مالاً ليتجر فيه ويكون الربح بينهما) فخرج بدفع مقارضته على دين عليه أو على منفعة كسكنى **(ويجوز من جائز التصرف مع**

جائز التصرف وشرطه إيجاب وقبول وكون المال نقداً خالصا مضروبا معلوم القدر معيناً . . . .

الشرح

جائز التصرف) فلا بد أن يكون المالك والعامل غير سفيه.

(**وشرطه إيجاب وقبول)** لأنه عقد معاوضة فأشبه البيع وغيره ويشترط فيه الاتصال المعتبر في البيع ولفظ الإيجاب المتفق عليه قارضتك أو ضاربتك أو عاملتك على أن تشتري وتبيع ويكون الربح بيننا نصفين وكذا إن لم يتعرض للشراء والبيع على الصحيح لأن لفظ القراض يغني عنه وقيل يكفي القبول بالفعل كما في الوكالة والجعالة ومحل هذا الوجه إذا كانت صيغة الإيجاب: خذ هذه الدراهم واتجر فيها أو نحو ذلك أما لفظ قارضتك أو ضاربتك أو عاملتك فلا بد فيه من القبول جزماً لأن هذه الألفاظ تقتضي المفاعلة اهـ (النجم ٥/٢٦٩) (**وكون المال نقداً)** أي دراهم ودنانير دون ما عداهما لأن قيمتهما تختلف فلا يدرى رأس المال من الربح (**خالصاً)** من الغش نعم لو كان الغش مستهلكاً بأن يكون بحيث لا يحصل منه شيء بالعرض على النار جاز عند شيخ الإسلام في شرح المنهج وشرح البهجة ووافقه الرملي اهـ (الترشيح بالمعنى ٢٤٧). (**مضروباً)** فلا يجوز تبر وحلى لاختلاف قيمتهما كالعروض «والتبر» بكسر التاء الذهب والفضة قبل ضربهما، وقال الجوهري لا يقال تبر إلا للذهب اهـ (النجم ج٥/٢٥٩).

وقال ابن حجر في التحفة (ج٦/٨٣) تسمية الفضة تبراً من باب التغليب، (**معلوم القدر)** والجنس والصفة فلا يجوز على نقد مجهول القدر وإن أمكن علمه حالاً ولا على ألف ولو علم جنسه أو قدره أو صفته في المجلس ولو قارضه على ألف من نقد كذا ثم عينها في المجلس صح (التحفة ج٦/٨٣ ـ ٨٤). (**معيناً)** فلا يجوز على الصبرة المجهولة وإن جاز أن يكون ثمناً قطعاً اهـ

مسلماً إلى العامل بجزء معلوم من الربح كالنصف والثلث فلا يجوز على عروض ومغشوش وسبيكة ولا أن يكون المال عند المالك ولا على أن لأحدهما ربح صنف معين ولا عشرة دراهم ولا على أن الربح كله لأحدهما

الشرح

(النجم ج٥/٢٦١) نعم لو قارضه على ألف درهم مثلاً في ذمته ثم عينها في المجلس وقبضها المالك جاز بخلاف ما في ذمة الغير فإنه لا يصح مطلقاً وقيل يجوز على أحد الصرتين إن علم ما فيها وتساويا جنساً وقدراً وصفةً فيتصرف العامل في أيهما شاء فيتعين للقراض والأصح المنع لعدم التعيين كالبيع نعم إن عين أحداهما في المجلس صح بشرط علم عين ما فيها كما هو ظاهر اهـ (التحفة بتصرف ج٦/٨٤ ـ ٨٥).

(**مسلماً إلى العامل**) فلا يجوز شرط كون المال في يد المالك لأن مقصود القراض التوسع وعدم التسليم ينافيه لأنه قد لا يجده وقت الحاجة وليس المراد اشتراط تسلمه حال العقد أو في المجلس بل أن لا يشترط عدم تسليمه اهـ (النجم ج٥/٢٦٢)، (**بجزء معلوم من الربح كالنصف والثلث**) فلو قال على أن لك فيه شركةً أو نصيباً فسد لجهالة العوض (النجم ج٥/٢٦٧) ثم شرع يخرج على ما تقدم فقال (**فلا يجوز على عروض ومغشوش**) وإن راج وعلم قدر غشه واستهلك وجاز التعامل به (**وسبيكة ولا أن يكون المال عند المالك**) أو وكيله على الصحيح (**ولا على أن لأحدهما ربح صنف معين**) لأنه قد لا يربح فيؤدي إلى خلو أحدهما من الربح وهو بخلاف وضع القراض اهـ (شرح التنبيه ج١/٤٦٨) (**ولا عشرة دراهم**) لأن الربح قد ينحصر في العشرة فيختص به أحدهما وهو مفسد اهـ (التحفة ج٦/٨٩) (**ولا على أن الربح كله لأحدهما**) فلو قال قارضتك على أن الربح كله لي فقراض فاسد ولا أجرة للعامل إن علم الفساد وأنه لا أجرة له وإن قال قارضتك على أنَّ الربح كله لك فقراض فاسد

ولا على أن المالك يعمل معه ووظيفة العامل التجارة وتوابعها بالنظر والاحتياط فلا يبيع بغبن ولا نسيئه ولا يسافر بلا إذن ونحو ذلك

الشرح

كذلك لأنه خلاف مقتضي العقد وله أجرة المثل لأنه عمل طامعاً ومن ثم اتجه أنه إن علم الفساد وأن لا شيء له لم يستحق شيئاً لأنه حينئذ غير طامع اهـ (التحفة مع تقديم وتأخير ٦/٨٨ ـ ٨٩). **(ولا على أن المالك يعمل معه)** لأن موضوع القراض أن يكون المال من رب المال والعمل من العامل ويجوز شرط عمل غلام المالك معه على الصحيح لأنه ملك، للسيد فجاز أن يجعل تبعاً لماله وخالف عمل المالك إذ لا وجه لجعله ثمناً اهـ (النجم ٥/٢٦٢). **(ووظيفة العامل التجارة وتوابعها)** كنشر الثياب وطيها **(بالنظر والاحتياط)** كالوكيل والتجارة هي الاستبراح بالبيع والشراء لا الحرفة كالطحن والخبز «والوظيفة» بالظاء المشالة والجمع وظائف وهي ما يتقدر على الإنسان في كل يوم ونحوه «واحترز بقيد التجارة» عن المسألة الآتية وهي الطحن والخبز ونحوهما فإن العامل يسمى فيها محترفاً اهـ (النجم ج٥/٢٦٣).

(فلا يبيع بغبن) فاحش لا يحتمل كالوكيل اهـ (النجم ج٥/٢٧٤) **(ولا)** يبيع **(نسيئة)** لأنه قد يتلف رأس المال فتبقى العهدة متعلقة بالمالك **(ولا يسافر)** سواء كان السفر قريباً أم بعيداً مخوفاً أم لا له مؤنة أم لا **(بلا إذن)** عائد على جميع ما تقدم فإن أذن له جاز البيع بغبن ومع جواز البيع بغبن ينبغي أن لا يبالغ في الغبن كبيع ما يساوي مائة بعشرة بل يبيع بما تدل القرينة على ارتكابه عادة فإن بالغ في الغبن لم يصح تصرفه وله بالإذن كذلك البيع نسيئة والسفر كذلك لكن لا يجوز ركوب البحر إلا بنص عليه ومثل البحر الأنهار إذا زاد خطرها على خطر البر. **(ونحو ذلك)** فلا يشتري من يعتق على رب المال ولا زوجته لما فيه من ادخال الضرر على رب المال بإذهاب المال وانفساخ النكاح.

فلو شرط عليه أن يشتري حنطة فيطحن ويخبز أو غزلاً فينسج ويبيع أو أن لا يتصرف إلا في كذا وهو عزيز الوجود أو لا يعامل العامل إلا زيداً فسد فحيث فسد نفذ تصرف العامل بأجرة المثل وكل الربح للمالك إلا إذا قال المالك الربح كله لي فلا شيء للعامل

الشرح

(**فلو شرط عليه أن يشتري حنطة فيطحن ويخبز أو غزلاً فينسج ويبيع أو أن لا يتصرف إلا في كذا وهو عزيز الوجود**) كالخيل البلق (**أو لا يعامل العامل إلا زيداً فسد**) عقدا لقراض لأنه في الأولين شرط عليه أموراً ليست تجارة بل هي أعمال يستأجر عليها نعم بحث ابن الرفعة جواز شرط أن يستأجر العامل من يفعل ذلك من مال القراض ويكون حقه التصرف ونازع فيه الأذرعي بقول القاضي لو قارضه على أن يشتري الحنطة ويخزنها إلى ارتفاع السعر فيبيعها لم يصح لأن الربح ليس حاصلاً من جهة التصرف اهـ (التحفة ج٦/٨٧)

وأما في الأخيرين فلأنه ضيق عليه في مظان الربح ويظهر في الأشخاص المعينين أنَّهم إن كانوا بحيث تقضي العادة بالربح معهم لم يضر وإلا ضر ويضر كذلك تعيين الحانوت دون السوق لأن السوق كالنوع العام والحانوت كالعرض المعين اهـ (التحفة بتصرف ج٦/٨٧).

(**فحيث فسد**) عقد القراض (**نفذ تصرف العامل بأجرة المثل**) نظراً لبقاء الإذن كما في الوكالة الفاسدة ومحله إذا كان الفساد بسبب فوات شرط ككونه غير نقد والمقارض مالك أما إذا كان الفساد بسبب عدم أهلية العاقد أو والمقارض ولى أو وكيل فلا ينفذ تصرفه اهـ (التحفة ج٦/٩٢) (**وكل الربح للمالك**) لأنه نماء ملكه وعليه الخسران أيضاً اهـ (التحفة ج٦/٩٢) (**إلا إذا قال المالك الربح كله لي فلا شيء للعامل**) لأنه لم يطمع في شيء نعم إن جهل

ومتى فسخه أحدهما أو جن أو أغمي عليه انفسخ العقد فيلزم العامل تنضيض رأس المال والقول قول العامل في قدر رأس المال وفي رده وفيما يدعى من هلاك وفيما يدعى عليه من الخيانة ....

الشرح

ذلك بأن ظن أن هذا لا يقطع حقه من الربح أو الأجرة وشهد حاله بذلك استحق أجرة المثل فيما يظهراهـ (التحفة ج٦/٩٢).

(**ومتى فسخه أحدهما أو جن أو أغمي عليه انفسخ العقد**) كالوكالة وللعامل البيع والاستيفاء بعد موت المالك من غير إذن وارثه وليس كوارث العامل إذا مات ذلك إلا بإذن المالك والفرق أن بيع العامل واستيفاءه من لوازم عقده فلم يمنعهما موت المالك بخلاف وارثه اهـ (التحفة ج٦/١٠٠ ـ١٠١).

(**فيلزم العامل**) وإن لم يكن ربح (**تنضيض رأس المال**) إن كان ما بيده عند الفسخ عرضاً أو نقداً غير صفة رأس المال أو كان من جنسه ولكنه من غير نوعه كالصحاح والمكسرة وإنما يلزمه التنضيض إن طلبه المالك أو كان لمحجور عليه وحظه في ذلك وخرج برأس المال الربح لأنه مشترك بينهما فلا يكلف أحدهما بيعه، نعم إن توقف تنضيض رأس المال عليه بأن كان بيع بعضه ينقص قيمته كعبد وجب بيع الكل كما بحثه في المطلب وقيل لا يلزمه التنضيض إن لم يكن ربح لأن الغرض من البيع أن يظهر الربح فيصل العامل إلى حقه منه وقد زال هذا المعنى اهـ (التحفة بتصرف ج٦/١٠١ ـ ١٠٢).

(**والقول قول العامل في قدر رأس المال**) وإن كان هناك ربح لأن الأصل عدم دفع زيادة إليه اهـ (التحفة ج٦/١٠٤)، (**وفي رده**) كالوكيل بجعل لأنه أخذ العين لمنفعة المالك وانتفاعه هو ليس بها بل بالعمل فيها اهـ (التحفة ج٦/١٠٦).

(**وفيما يدعى من هلاك**) على التفصيل المتقدم في الوديعة (**وفيما يدعى عليه من الخيانة**) كأن يقول له المالك اشتريت هذا وقد نهيتك عنه وأنكر هو

وإن اختلفا في قدر الربح المشروط تحالفا ولا يملك العامل حصته من الربح إلا بالقسمة.

الشرح

فالقول قوله بيمينه (**وإن اختلفا في قدر الربح المشروط**) له أهو النصف أو الثلث مثلاً (**تحالفا**) لاختلافهما في عوض العقد مع اتفاقهما على صحته فأشبه المتبايعين وله بعد التحالف أجرة المثل لتعذر رجوع عمله إليه فوجب له قيمته وهو أجرة مثله وللمالك الربح كله ولا ينفسخ العقد هنا بالتحالف نظير ما مر في البيع اهـ (التحفة ج٦/١٠٦).

(**ولا يملك العامل حصته من الربح إلا بالقسمة**) لا بالظهور لأنه لو ملكها بالظهور لكان شريكاً في المال فيكون النقص الحادث بعد ذلك محسوباً عليهما وليس كذلك لكنه إنما يستقر ملكه بالقسمة إن نض رأس المال وفسخ العقد حتى لو حصل بعد القسمة فقط نقص جبر بالربح المقسوم ويملكها ويستقر ملكه أيضاً بنضوض المال والفسخ بلا قسمة اهـ (شرح المنهج ج٣/٥١٩ ـ ٥٢٠).

** ** **

باب المساقاة

تصح ممن يصح قراضه على كرم ونخل خاصة ....

الشرح

(باب المساقاة)

المساقاة لغةً: مأخوذة من السقي، وشرعاً: معاملة الشخص غيره على شجر مخصوص ليتعهده بسقي وغيره والثمرة لهما بصيغة؛ اتفق جمهور العلماء على جوازها، ولم يخالف فيها إلا ابو حنيفة وزفر حجة الجمهور القياس على القراض المجمع عليه والأصل فيها قبل اتفاق الصحابة والتابعين: ما في الصحيحين عن ابن عمر «أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دفع إلى يهود خيبر نخلها وأرضها بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع» ومن جهة المعنى أن مالك الأشجار قد لا يحسن تعهدها أو لا يتفرغ له ومن يحسن ذلك قد لا تكون له أشجار اهـ (النجم بتصرف ج٥/٢٩١).

(تصح ممن يصح قراضه) وهو جائز التصرف **(على كرم ونخل خاصة)** لثبوتها في النخل بالنص وهو ما أخرجه الشيخان عن ابن عمر «أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دفع إلى يهود خيبر نخلها وأرضها بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع» وقيس عليه الكرم بجامع وجوب الزكاة وامكان الخرص ولو قال المصنف العنب بدل الكرم كان أولى لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «لا تسموا العنب كرماً وإنما الكرم الرجل المسلم» رواه مسلم، قال الزمخشري: أراد ما تقرر في قوله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾ بطريق لطيف ويقال رجل كرم بسكون الراء وفتحها أي كريم. وفيما سواها من الأشجار المثمرة من التين والجوز واللوز والمشمش والتفاح والكمثرى والخوخ قولان:

(أحدهما) وهو القديم الجواز لعموم الحاجة إليه كالنخل واختاره النووي

مغروسين إلى مدة يبقى فيها الشجر ويثمر غالباً بجزء معلوم من الثمرة كثلث وربع كالقراض ويملك حصته من الثمرة بالظهور ....

الشرح

في التصحيح وهو المختار.

(والثاني) وهو الجديد الأظهر في سائر كتب الشيخين المنع لأنها رخصة فخصت بموردها هذا إذا أفردت بالعقد فإن وقع على النخل والعنب وهي في وسطه قليلة جازت المساقاة عليها تبعاً كما تجوز المزارعة تبعاً اهـ (شرح التنبيه ج٢/٤٧٤ ـ ٤٧٥).

(**مغروسين**) فلا تجوز على ودى ليغرسه ويكون الشجر بينهما لأن المساقاة لم ترد إلا على أصل ثابت وهي رخصة لا تتعدى موردها اهـ (النجم ج٥/٣٠٢)، (**إلى مدة يبقى فيها الشجر**) كخمسين سنة (**ويثمر غالباً**) يقيناً أو ظناً عند أهل الخبرة بالشجر في تلك الناحية كما يقتضيه كلام الدارمي وغيره فلا يصح تقديرها بمدة لا يثمر فيها الشجر غالباً ثم إن علم العامل أو ظن أنه لا يثمر فيها غالباً يقيناً أو ظناً فلا أجرة له وإن استوى الاحتمالان أو جهل الحال فله أجرته لأنه عمل طامعاً وإن كانت المساقاة باطلة اهـ (البيجوري ج٢/٢٦)، (**بجزء معلوم من الثمرة كثلث وربع**) نفياً للجهالة وقطعاً للنزاع (**كالقراض**) أي كالربح في القراض في جميع ما تقدم فيصح فيما إذا قال المالك للعامل على أن ما فتح الله به من الثمرة يكون بيننا ويحمل على المناصفة وإن قال على أن النصف لي لم يصح. (**ويملك حصته من الثمرة بالظهور**) عملاً بالشرط وزكاته عليه إذا بلغت حصته نصاباً أو المجموع وقلنا بثبوت الخلطة في غير المواشي وقيل فيه قولان أحداهما أنه يملك حصته بالظهور والثاني أنه لا يملك إلا بالتسليم أي القسمة كما في القراض وفرق بأن نصيب العامل هنا لم يجعل وقاية للأصل والربح هناك وقاية لرأس المال اهـ (شرح التنبيه ج٢/٤٧٨ ـ ٤٧٩).

ووظيفته أن يعمل ما فيه صلاح الثمرة كتلقيح وسقي وتنقية ساقية وقطع حشيش مضر ونحوه وعلى المالك ما يحفظ الأصل كبناء حائط وحفر نهر ونحوه ....

الشرح

(**ووظيفته**) أي العامل (**أن يعمل ما فيه صلاح الثمرة كتلقيح**) وهو وضع شيء من طلع الذكور في طلع الإناث ويسمى التأبير وقد يستغنى عنه في بعض النخيل بأن يكون تحت ريح الذكور فتكتفي بحمل الهواء ريحه إليها والطلع الذي يلقح به على المالك لأنه عين ماله وإنما على العامل العمل اهـ (النجم ج٥/٣٠٨). (**وسقي**) لأنه المقصود الأعظم منها، ولا خلاف في وجوبه على العامل عند الإطلاق فلو شرطه على المالك بطل العقد، وكذا ما يجب على المالك لو شرطه على العامل أبطل العقد ولو فعله العامل بغير إذن لم يستحق أجرة وإن فعله بإذن المالك استحق أجرة وإنما يلزم العامل السقي إذا كانت الأشجار لا تشرب بعروقها من النهر كنخل البصرة فإن كانت كذلك لم يلزم سقيها اهـ (النجم ج٥/٣٠٧ ـ ٣٠٨)

(**وتنقية ساقية**) أي مجرى الماء من طين وغيره (**وقطع حشيش مضر**) ولو رطباً (**ونحوه**) كإصلاح الاجاجين التي يثبت فيها الماء وتعريش جرت به العادة وكذا حفظ الثمر وجذاذه وتجفيفه في الأصح اهـ (النجم بتصرف ج٥/٣٠٨ ـ ٣٠٩).

(**وعلى المالك ما يحفظ الأصل**) ولا يتكرر كل سنة (**كبناء حائط وحفر نهر ونحوه**) وشراء الدولاب ونصبه وشراء الأبقار والآلات التي يوفى بها العمل كالفأس والمسحاة والمعول والمنجل لاقتضاء العرف ذلك وقيل إن الآلات على من شرطت عليه منهما فإن لم يشرط بطل العقد اهـ (النجم بتصرف ج٥/٣٠٩ ـ ٣١٠).

والعامل أمين فإن ثبتت خيانته ضم إليه مشرفاً لأن المساقاة لا زمة ليس لأحدهما فسخها كالإجارة فإن لم يتحفظ بالمشرف استؤجر عليه من يعمل عنه.

الشرح

(**والعامل أمين**) فيما يدعي عليه من هلاك وفيما يدعى عليه من خيانة كعامل القراض (**فإن ثبتت خيانته**) بإقرار أو بينة أو بيمين المدعي بعد النكول اهـ (شرح التنبيه ج٢/٤٧٧)، (**ضم إليه مشرفاً لأن المساقاة لازمة ليس لأحدهما فسخها كالإجارة**) ولا تزال يده لأن العمل حق عليه ويمكن استيفاؤه بهذا الطريق فتعين جمعاً بين الحقين وأجرة المشرف على العامل فإن ضم إليه لريبة فقط فأجرته على المالك اهـ (التحفة ج٦/١٢١).

(**فإن لم يتحفظ**) العامل (**بالمشرف استؤجر عليه**) من ماله (**من يعمل عنه**) لتعذر الاستيفاء منه هذا إذا كان العامل في الذمة وإلا تخير المالك على الأوجه بين الصبر والفسخ وإذا فسخ فللعامل أجرة عمله وهي أجرة المثل ولا يبعد استحقاق العامل لحصة ما عمل بناء على أنه شريك. اهـ (ملخصاً من التحفة مع ع ب ج٦/١١٩ ـ ١٢١).

** ** **

فصل في المزارعة

العمل في الأرض ببعض ما يخرج منها إن كان البذر من المالك سمي مزارعة أو من العامل سمى مخابرة وهما باطلتان.................

الشرح

(فصل في المزارعة)

(العمل في الأرض ببعض ما يخرج منها) كالنصف والربع والثلث **(إن كان البذر من المالك سمي مزارعة أو من العامل سمى مخابرة وهما باطلتان)** للنهي عنهما وذهب كثير من العلماء إلى جوازهما، روى ذلك عن سيدنا علي وابن مسعود وعمار وسعد بن أبي وقاص ومعاذ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وهو مذهب ابن أبي ليلى وأبي يوسف ومحمد بن الحسن وطاووس والحسن والاوزاعي وإحدى الروايتين عن أحمد لما روي عن نافع أن ابن عمر كان يكرى مزارعه على عهد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأبي بكر وعمر وعثمان وصدراً من إمارة معاوية رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ بالثلث والربع وفي صحيح البخاري: عامل عمر الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشرط وإن جاؤوا بالبذر فلهم كذا قال البخاري وزارع علي وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل عمر وآل علي وابن سيرين ونقل النووي عن الخطابي أن المزارعة جائزة وهي عمل المسلمين في جميع الأمصار ولا يبطل العمل فيها أحد وجوزها أيضاً ابن خزيمة وصنف فيها جزءاً وابن المنذر وقال الحبيشي قال النووي المختار جوازهما وبصحتها قال أبو عبيد القاسم بن سلام والقول بجوازهما حسن ينبغي المصير إليه لصحة الأحاديث الواردة في ذلك ولأن اختلاف العلماء رحمة وللضرورة الداعية إلى ذلك اهـ. واختارهما السبكي أيضاً وقال في الهداية للحنفية ومنع أبو حنيفة المزارعة وجوزها صاحباه لأنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج

إلا أن يكون بين النخيل بياض وإن كثر فتصح المزارعة عليه تبعاً للمساقاة على النخيل وإن تفاوت المشروط في المساقاة والمزارعة بشرط أن يتحد العامل في الأرض والنخيل ويعسر إفراد النخيل بالسقي والبياض بالعمارة...

الشرح

من ثمر وزرع والفتوى على قولهما لحاجة الناس ولظهور تعامل الأمة بهما والقول يترك بالتعامل اهـ (البغية ٢٦٧ ـ ٢٦٨). (**إلا أن يكون بين النخيل بياض**) وهي الأرض الخالية عن الزرع والشجر (**وإن كثر**) أي البياض وقيل إن كان النخل قليلاً والبياض كثيراً لم يجز لأن الأكثر لا يتبع الأقل ولأن بياض خيبر كان أقل بدليل أن الشعير كان أكثر من التمر وهل النظر في الكثرة إلى الثمار أو إلى مساحة الأرض وجهان أصحهما الثاني اهـ (شرح التنبيه مع زيادة ج٢/٤٧٩).

(**فتصح المزارعة عليه تبعاً للمساقاة على النخيل**) أو العنب لعسر الإفراد وعليه حملوا معاملة أهل خيبر على شرط التمر والزرع اهـ (النجم ج٥/٢٩٧). (**وإن تفاوت المشروط في المساقاة والمزارعة**) فيصح بنصف من أحدهما وربع من الآخر لأن الزراعة وإن كانت تابعة هي في حكم عقد مستقل وكون التفاضل يزيل التبعية من أصلها ممنوع اهـ (التحفة ج٦/١١٠)، (**بشرط أن يتحد العامل في الأرض والنخيل**) لأن إفراد المزارعة بعامل يخرجها عن كونها تابعة ويؤدي إلى اختلاط العمل والمراد باتحاد العامل أن لا يكون من ساقاه غير من زارعه لا أن يكون شخصاً واحداً فلو ساقى عشرة وزارعهم بعقد واحد صح اهـ (النجم مع زيادة ٥/٢٩٧) (**ويعسر إفراد النخيل بالسقي والبياض بالعمارة**) لانتفاع النخل بسقي الأرض وتقليبها فإن أمكن الافراد لم تجز المزارعة على الأصح لانتفاء الحاجة اهـ (النجم ج٥/٢٩٧ ـ ٢٩٨)

وأن يقدم لفظ المساقاة فيقول ساقيتك وزارعتك وأن لا يفصل بينهما ولا تجوز المخابرة تبعاً للمساقاة.

الشرح

(**وأن يقدم لفظ المساقاة فيقول ساقيتك وزارعتك**) فإن قدم لفظ المزارعة فلا تصح لأن التابع لا يتقدم على متبوعه اهـ (التحفة ج٦/١٠٩).

(**وأن لا يفصل بينهما**) أي بين المساقاة والمزارعة التابعة بل يأتي بهما على الاتصال لتحصل التبعية فإذا قال ساقيتك على النخل وزارعتك على الأرض بالنصف مثلاً صح قطعاً، فلو قال ساقيتك على النخل بالنصف وزارعتك على الأرض بالنصف فقال: قبلت المساقاة وقبلت المزارعة صح في الأصح ولو قال قبلتهما صح على الصحيح اهـ (النجم ج٥/٢٩٨) وأنه يشترط اتحاد العقد فلو قال ساقيتك على النصف فقبل ثم زارعه على البياض لم تصح المزارعة لأن تعدد العقد يزيل التبعية اهـ (التحفة ج٦/١٠٩). (**ولا تجوز المخابرة تبعاً للمساقاة**) قيل باتفاق المذاهب الأربعة لأن الوارد في قصة خيبر المزارعة لا المخابرة. والله أعلم.

** ** **

باب الإجارة

تصح ممن يصح بيعه وشرطها إيجاب مثل آجرتك هذا أو منافعه

الشرح

(باب الإجارة)

الإجارة لغةً: اسم للأجرة، وشرعاً: عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم والأصل فيها قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ وقوله: ﴿قَالَتْ إِحْدَىٰهُمَا يَـٰٓأَبَتِ ٱسْتَـْٔجِرْهُ﴾ قال ابن مسعود «أصح الناس فراسة ثلاثة: العزيز حيث قال لامرأته (أكرمي مثواه) وابنة شعيب حيث قالت (يا أبت استئجره) وأبو بكر حيث استخلف عمر» وفي صحيح البخاري أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والصديق استأجرا رجلاً من بني الويل يقال له عبدالله بن الأريقط وروى مسلم عن ثابت بن الضحاك: «أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة» وروى ابن ماجة والبيهقي أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال «أعطوا الأجير أجرته قبل أن يجف عرقه» وفي الصحيحين وغيرهما «أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ احتجم وأعطى الحجام أجرة» والحاجة تدعو إليها إذ ليس لكل أحد مركوب ومسكن وخادم فجوزت للضرورة وأجمع عليها الصحابة والتابعون ولا مبالاة بخلاف الفاساني والأصم وابن علية فأنهم أنكروا الإجارة وهذا القول جهل ممن قاله اهـ (النجم ج٥ /٣١٧ ـ ٣١٨).

[تَنْبِيهٌ]: الإجارة بيع لأنها تمليك منفعة مقصودة معلومة بعوض معلوم اهـ (شرح التنبيه ج٢/ ٤٨٠).

(تصح ممن يصح بيعه) وهو البالغ العاقل الرشيد **(وشرطها إيجاب مثل آجرتك هذا)** سنة بكذا **(أو منافعه)** فالإجارة كما ترد على الأعيان كذلك ترد على المنافع، وتمتنع بلفظ البيع نحو بعتك منفعة هذا سنة بكذا لأن البيع موضوع لبيع

أو أكريتك وقبول وهي على قسمين إجارة ذمه وإجارة عين فإجارة الذمة أن يقول استأجرت منك دابة صفتها كذا أو استأجرتك لتحصل لي خياطة ثوب ....

الشرح

الأعيان لا المنافع كما لا ينعقد البيع بلفظ الإجارة اهـ (النجم ج٥/٣٢٠) واختار السبكي انعقادها بلفظ البيع وقوى الأسنوي ما قاله السبكي اهـ (شرح التنبيه بتصرف ج٢/٤٨٠) وقال النووي في شرح المهذب إن خلاف المعاطاة يجري في الإجارة والرهن والهبة.

(أو أكريتك) عينه أو منافعه **(وقبول)** كقبلت أو استأجرت أو اكتريت وعلم من اشتراط الإيجاب والقبول أنه لو سكن دار رجل مدة ولم يذكر أجرة لم يكن للمالك مطالبته بها اهـ (النجم ج٥/٣١٩)، **(وهي على قسمين: إجارة)** واردة على **(ذمة وإجارة)** واردة على **(عين)** أي على منفعة مرتبطة بعين اهـ (المغني ج٢/٤٥١). **(فإجارة الذمة أن يقول استأجرت منك دابة صفتها كذا)** من ذكورة أو أنوثة وصفة سيرها من كل ما تختلف به الأغراض والإجارة قد تكون بلفظ الإجارة كما ذكرنا وقد تكون بغيره كقوله ألزمت ذمتك خياطة أو بناء بهذه الدراهم أو أسلمت إليك هذه الدراهم في خياطة كذا أو أسلمت إليك هذه الدراهم في دابة صفتها كذا تحملني إلى موضع كذا أو في عبد صفته كذا يبني لي كذا ولابد في هاتين الصورتين من ذكر الحمل أو البناء ونحوهما لتفصل عن حقيقة السلم في الأعيان إلى السلم في المنافع والسلم في المنافع جائز اهـ (النجم ج٥/٣٢١ بعد زيادة).

(أو استأجرتك لتحصل لي خياطة ثوب) ويبين ما يريد من الثوب من قميص أو غيره ويبين نوع الخياطة أهي رومية أو فارسية إلا أن تطرد عادة بنوع

أو ركوبي إلى مكة وإجارة العين مثل استأجرت منك هذه الدابة أو استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب وشرط إجارة الذمة قبض الأجرة في المجلس وشرط إجارة العين أن تكون العين معينة مقدوراً على تسليمها يمكن استيفاء المنفعة المذكورة منها ....

الشرح

فيحمل المطلق عليها (**أو ركوبي إلى مكة**) أو غيرها (**وإجارة العين مثل استأجرت منك هذه الدابة أو استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب**) والمراد بالعين مقابل الذمة.

[تَنْبِيْهٌ]: تقسيم الإجارة إلى واردة على العين وواردة على الذمة لا ينافي تصحيحهم أن موردها المنفعة لا العين لأن المراد بالعين ثم ما يقابل المنفعة، وهنا ما يقابل الذمة اهـ (المغني ج٢/٤٥١).

وإجارة العقار لا تكون إلا إجارة عين لأنه لا يثبت في الذمة ولهذا لا يسلم فيه وإجارة الدابة قد تكون على العين كأجرتك هذه الدابة وقد تكون على الذمة كأجرتك دابة صفتها كذا وكذا اهـ (النجم ج٥/٣٢١).

(**وشرط إجارة الذمة قبض الأجرة في المجلس**) قطعاً إن عقدت بلفظ السلم كرأس مال السلم لأنها سلم في المنافع وكذا إن عقدت بلفظ الإجارة في الأصح نظراً إلى المعنى فلا يجوز فيها تأخير الأجرة ولا الاستبدال عنها ولا الحوالة بها ولا عليها ولا الابراء منها اهـ (المغني ج٢/٤٥٢).

(**وشرط إجارة العين أن تكون العين معينة مقدوراً على تسليمها**) حساً أو شرعاً (**يمكن استيفاء المنفعة المذكورة منها**) ليتمكن المستأجر من الانتفاع بها والقدرة على التسليم تشمل ملك الأصل وملك المنفعة فيدخل المستأجر فله إيجار ما استأجره اهـ (المغني ج٢/٤٥٤) ومن اقطعه السلطان أرضاً فله أن

ويتصل استيفاء منفعتها بالعقد ولا يتضمن الانتفاع استهلاك عينها وأن يعقد إلى مدة تبقى فيها العين غالباً ولو مائة سنة في الأرض

الشرح

يؤجرها إذا أذن له الإمام أو جرى عرف عام بجواز التأجير كما في ديار مصر فيصح وإلا فيمتنع.

[تَنْبِيهٌ]: يؤخذ من اشتراط القدرة على تسليم المنفعة أنه لا يصح استئجار العبد المنذور عتقه أو المشروط عتقه على المشتري وبه صرح في المجموع اهـ (المغني ج٢/٤٥٥).

(ويتصل استيفاء منفعتها بالعقد) فلا تجوز إعارة عين لمنفعة مستقبلة مثل إجارة الدار السنة المستقبلة خلافاً للأئمة الثلاثة وسموها الإجارة المضافة وإنما لم تصح عندنا لأن إجارة العين كبيع العين وهو لو باعها على أن يسلمها بعد شهر لم يصح وكذا الإجارة اهـ (النجم بتصرف ٥: ٣٣٨)

(ولا يتضمن الانتفاع استهلاك عينها) كاستئجار دار للسكن ودابة للركوب. **(وأن يعقد إلى مدة تبقى فيها العين غالباً)** كالأجل في البيع والمرجع في ذلك لأهل الخبرة ولأنها تجوز إلى سنة وفاقاً وقيس عليها ما عداها.

(ولو مائة سنة في الأرض) وفي قول لا تزاد المدة على سنة لأن الإجارة عقد على معدوم جوز للحاجة وهي تندفع بسنة لأنها مدة تضم الفصول وتتم فيها الزروع والثمار وفي قول لا تزاد على ثلاثين لأنه شطر العمر الغالب والغالب تغير الأشياء بعدها وفي وجه رابع تجوز إلى مدة لا تبقى العين فيها غالباً لأن الأصل الدوام وصححه في البسيط وقال به الأئمة الثلاثة اهـ (النجم ج٥/٣٦٨ - ٣٦٩) ولا يجوز إجارة الاقطاع أكثر من سنة كما نقله البدر ابن جماعة عن المحققين اهـ (التحفه ج٦/١٧٣).

فلا تصح إجارة أحد العبدين ولا غائب وآبق وأرض لا ماء لها ولا يكفيها المطر للزرع وحائض لكنس المسجد ومنكوحة للرضاع بلا إذن زوج...

الشرح

(**فلا تصح إجارة أحد العبدين**) للإبهام وهذا محترز قوله أن تكون العين معينة (**ولا غائب**) ويجري فيه الخلاف في بيع الغائب هل تشترط رؤيته أم لا والأظهر اشتراطه (**وآبق**) لغير من لم يقع في يده أما من وقع في يده فيصح الاستئجار منه (**وأرض**) للزراعة (**لا ماء لها**) مستمر (**ولا يكفيها المطر**) المعتاد (**للزرع**) نعم لو قال المكري «أنا أحفر لك بئراً وأسقي أرضك منها أو أسوق الماء إليها من موضع آخر صحت الإجارة كما قاله الروياني» أما لو قال استأجرها للسكنى فإنه يصح وإن كانت بمحل لا يصلح لها كالمفازة اهـ (المغني ج٢/٤٥٥).

(و) لا استئجار مسلمة (**حائض**) أو نفساء أو مستحاضة إجارة عين اهـ (المغني ج٢/٤٥٦) (**لكنس مسجد**) وإن أمنت التلويث وجوزنا العبور لاقتضاء الخدمة المكث أو التردد وهي ممنوعة منه أما الكافرة إذا أمنت التلويث فالأشبه الصحة كما قاله الأذرعي بناء على الأصح من تمكين الكافر الجنب من المكث بالمسجد لأنها لا تعتقد حرمته ولو استأجر عين امرأة مسلمة لكنس مسجد فحاضت أو نفست انفسخت الإجارة فلو دخلت وكنست عصت ولم تستحق أجرة اهـ (المغني ج٢/٤٥٦)

(**ومنكوحة للرضاع**) أو غيره مما لا يؤدي لخلوة محرمة اهـ (المغني ج٢/٤٥٧) (**بلا إذن زوج**) لأن أوقاتها مستغرقة بحقه فلا تقدر على توفية ما التزمته، ويجوز استئجارها بإذن الزوج بلا خلاف ثم ليس له منعها مما اقتضاه عقد الإجارة اهـ (النجم ج٥/٣٣٦ ـ ٣٣٧).

ولا استئجار العام المستقبل لغير المستأجر ويجوز له ولا الشمع للوقود ولا ما لا يبقى إلا سنة مثلاً أكثر منها وشرطها أن تكون المنفعة مباحة متقومة ....

الشرح

(**ولا استئجار العام المستقبل**) بأن صرح في العقد بذلك بأن قال أجرتك هذه الدار العام المستقبل ويستثنى من المنع في المستقبل مسائل منها ما لو أجره ليلاً لما يعمل نهاراً وأطلق أي لم يذكر في العقد أن العمل في النهار، وإجارة عين الشخص للحج عند خروج قافلة بلده أو تهيئها للخروج ولو قبل أشهره إذا لم يتأت الإتيان به في بلد العقد إلا بالسير في ذلك الوقت وفي أشهره قبل الميقات يحرم منه، وإجارة دار ببلد غير العاقدين ودار مشغولة بأمتعة وأرض مزروعة يتأتى تفريغهما قبل مضي مدة لها أجرة اهـ (التحفه ج٦/١٣٨)

(**لغير المستأجر ويجوز له**) لاتصال المدتين كما لو أجر منه في عقد واحد ومثل المستأجر مستحقها بنحو وصية أو عدة بالأشهر اهـ (التحفه مع تقديم وتأخير وزيادة ج٦/١٣٩) (**ولا الشمع للوقود**) ولا الطعام للأكل لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا بإزالة عينه (**ولا ما لا يبقى إلا سنة مثلاً**) كثوب ونحوه وقد استأجره (**أكثر منها**) أي من سنة (**وشرطها**) أي الإجارة العينية (**أن تكون المنفعة مباحة**) غير محرمة (**متقومة**) أي لها قيمة ليحسن بذل المال في مقابلتها وإلا كان تبذيراً كاستئجار التفاحة الواحدة للشم لأنها لا تقصد له فإن كثر التفاح فالوجه الصحة كما يجوز استئجار مسك ورياحين للشم كذا ذكره الرافعي لكن نازع فيه السبكي وغيره لأن هذين القصد منهما الشم وذاك القصد منه الأكل اهـ (التحفه ج٦/١٣٠) والمراد هنا بالمتقوم ماله قيمة لا ما يقابل المثلي وسقوط القيمة إما لتحريمه وإما لخسته وإما لقلته اهـ (النجم ج٥/٣٢٧).

معلومة كقوله آجرتك لتزرع أو تبني أو تحمل قنطار حديد أو قطن في مدة معلومة وبأجرة معلومة ولو بالرؤية جزافاً أو منفعة أخرى فلا تصح على زمر وحمل خمر لغير إراقتها وكلمة بياع لا كلفة فيها وإن روجت السلعة..........................

الشرح

(**معلومة كقوله أجرتك لتزرع**) ويكفي تعيين الزراعة عن ذكر ما يزرع في الأصح لقلة التفاوت بين أنواع الزرع وعلى هذا يزرع ما شاء اهـ (النجم ج٥/٣٤٧) (**أو تبني**) أو تغرس ولا يشترط بيان أفرادهما فيغرس أو يبني ما شاء واعترضا بكثرة التفاوت في أنواع هذين ويرد بمنع ذلك اهـ (التحفه ج٦/١٤٩).

(**أو**) أجرتك الدابة لـ (**تحمل قنطار حديد**) قال ابن عطية اختلف الناس في تحديده فروى أبي بن كعب عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال «القنطار ألف ومائتا أوقية» قال بذلك معاذ بن جبل وعبدالله بن عمر وأبو هريرة وعاصم بن أبي النجود وجماعة من العلماء وهو اصح الأقوال وعلى هذا القول جرى كثير من الباحثين (**أو قطن**) ولابد أن يكون (**في مدة معلومة**) للمتعاقدين (**وبأجرة معلومة**) جنساً وقدراً وصفةً كالثمن في البيع اهـ (المغني ج٢/٤٥٢) (**ولو بالرؤية جزافاً**) فلا يصح إجارة دار ودابة بعمارة لها وعلف ولا استئجار لسلخ شاة بجلد أو لطحن نحو بر ببعض دقيق ومحل اشتراط كون الأجرة معلومة إذا كانت في الذمة فإن كانت معينة مشاهدة كفت المعاينة في إجارة العين والذمة اهـ (التحفه بتصرف ج٦/١٢٧) (**أو منفعة أخرى**) كأن يؤجر الدار شهراً بمنفعة عبد سنة مثلاً. (**فلا تصح**) الإجارة (**على زمر وحمل خمر**) غير محترمة (**لغير إراقتها**) أما لأجل إراقتها فيجوز (**وكلمة بياع لا كلفة فيها**) أو كلمات يسيرة على الأوجه ولو إيجاباً وقبولاً (**وإن روجت السلعة**) إذ لا قيمة لها ومن ثم اختص هذا بمبيع مستقر القيمة في البلد كالخبز بخلاف نحو عبد وثوب مما

وحمل قنطار لم يعين ما هو وكل شهر بدرهم ولم يبين جملة المدة ولا بالطعمة والكسوة ثم المنفعة قد لا تعرف إلا بالزمن.............

الشرح

يختلف ثمنه باختلاف متعاطيه فيختص بيعه من البياع بمزيد نفع فصح استئجاره عليه وحيث لم يصح فإن تعب بكثرة تردد أو كلام فله أجرة مثله وإلا فلا وفي الإحياء يمتنع أخذ طبيب أجرة على كلمة بدواء ينفرد به لعدم المشقة بخلاف ماهر عرف إزالة اعوجاج سيف بضربة واحدة أي وإن لم يكن عليه فيها مشقة لأن هذه الصناعات يتعب في تعلمها ليكتسب بها ويخفف عن نفسه التعب وخالفه البغوي في هذه وتبع الخطيب في المغنى البغوي والذي اعتمده في التحفة والنهاية ما قاله الغزالي اهـ (التحفة مع ع ب ج٦/١٣٠ ـ ١٣١).

[فرع] يجوز استئجار الكتب سواء كانت قرآناً أو علماً أو شعراً وغير ذلك لوجود المنفعة المقصودة وقال أبو حنيفة لا يجوز استئجارها لأنه استئجار للنظر المجرد فلم يجز كما لو استأجر حائطاً مزوقاً للنظر إليه اهـ (النجم ج٥/٣٢٩).

(**وحمل قنطار لم يعين ما هو**) ومن باب أولى لو قال استأجرتك لحمل مائة رطل (**وكل شهر بدرهم ولم يبين جملة المدة**) كسنه أو سنتين مثلاً فلا يصح لأن مدة الإجارة لم تكن معلومة وقيل تصح الإجارة في الشهر الأول والمذهب الأول لأن المعلوم إذا أضيف إلى المجهول صار الجميع مجهولاً وهذا إذا عين الابتداء من الآن وإن أطلق لم يصح قطعاً كما أفهمه كلام المهذب وغيره (**ولا**) تصح الإجارة كذلك (**بالطعمة**) بضم الطاء (**والكسوة**) بضم الكاف للجهل بالأجرة خلافاً لمالك وأحمد فإنهما قالا تصح الإجارة ويستحق الوسط اهـ (النجم ج٥/٣٢٤) فإن قدر الطعام ووصفه بصفات السلم صح اهـ (شرح التنبيه ج٢/٤٨٣).

(**ثم المنفعة**) التي تقصد بالإجارة (**قد لا تعرف إلا بالزمن**) فقط وضابطه

كالسكنى والرضاع فتقدر به وقد لا تعرف إلا بالعمل كالحج ونحوه فتقدر به.

وقد تعرف بهما كالخياطة والبناء وتعليم القرآن فتقدر بأحدهما فإن قدر بهما فقال لتخيط لي هذا الثوب بياض هذا اليوم لم يصح

الشرح

كل مالا ينضبط بالعمل اهـ (التحفة ج٦/١٤٢) (**كالسكنى والرضاع**) والأرض والآنية وصورة الإجارة للسكنى أن يقول: أجرتكها لتسكنها كذا فإن قال على أن تسكنها كذا لم يصح لأنه صريح في اشتراط السكنى قال بعض الأصحاب ولا لتسكنها وحدك ثم إذا قدر المنفعة بالزمان وجب أن يكون على مدة معلومة القدر بأن يقول أجرتك داري سنة بمائة أو سنة كل شهر بدرهم فلو اقتصر على كل شهر بدرهم بطل في الأصح كما تقدم لأنه عقد على الشهور وهي غير معلومة اهـ (النجم مع زيادة ج٥/٣٤٣).

(**فتقدر به**) أي الزمن فقط لعدم إمكان معرفتها بغيره (**وقد لا تعرف إلا بالعمل**) أي بمحل العمل اهـ (التحفة بتصرف ج٦/١٤٣)، (**كالحج ونحوه**) كبيع كذا وقبضه (**فتقدر به**) أي بالعمل فقط.

(**وقد تعرف بهما كالخياطة والبناء وتعليم القرآن فتقدر بأحدهما**) إما الزمن وإما العمل (**فإن قدر بهما فقال**) استأجرتك (**لتخيط لي هذا الثوب**) أو لتحرث هذه الأرض أو تبني هذا الحائط (**بياض هذا اليوم لم يصح**) في الأصح للغرر فقد يتقدم العمل أو يتأخر كما إذا أسلم في قفيز حنطة بشرط أن يكون وزنه كذا لم يصح بلا خلاف اهـ (النجم ج٥/٣٤٤) نعم إن قصد التقدير بالعمل فقط وأن ذكر الزمن إنما هو للحمل على التعجيل صح على الأوجه اهـ (التحفة ج٦/١٤٤).

[فرع] يستثنى من زمن الإجارة فعل المكتوبة ولو جمعة لم يخش من

وتشترط معرفة الراكب بمشاهدة أو وصف تام وكذا ما يركب عليه من محمل وغيره وفي إجارة الذمة ذكر جنس الدابة ....

الشرح

الذهاب إليها على عمله وطهارتها وراتبتها وزمن الأكل وقضاء الحاجة اهـ (التحفة ج٦/١٤٥).

(وتشترط) في إجارة دابة لركوب عيناً أو ذمةً **(معرفة الراكب بمشاهدة أو وصف تام)** له بنحو ضخامة أو نحافة ليعرف زنته تخميناً وقول الجلال البلقيني لابد من الوزن مع الوصف ضعيف وإنما **(اعتبروا)** في نحو المحمل الوصف مع الوزن لأنه إذا عين لا يتغير والراكب قد يتغير بسمن أو هزال فلم يعتبر جمع الوزن والوصف اهـ (التحفة ج٦/١٥١)، وقيل لا يكفي الوصف وتتعين المشاهدة لقوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «ليس الخبر كالمعاينة» رواه ابن حبان. اهـ (النجم ج٥/٣٤٨).

(وكذا) يشترط معرفة **(ما يركب عليه من محمل وغيره)** كسرج واكاف إن فحش تفاوته ولم يكن هناك عرف مطرد إن كان المحمل ونحوه للراكب ولو بعارية ولابد هنا من الرؤية مع الامتحان باليد إن أمكن أو مع الوصف مع الوزن فلا يكفي الرؤية بدون الامتحان ولا الوصف بدون الوزن أما لو اطرد بما يركب عليه عرف أو لم يكن للراكب فلا يحتاج لمعرفته ويحمل في الأولى على العرف ويركبه المؤجر في الثانية على ما يليق بالدابة من سرج أو إكفاف أو غيرهما ولابد في نحو المحمل من وطاء فيه يجلس عليه سواء شرط في العقد أم لا وكذا غطاء له إن شرط في العقد فإن لم يشرط في العقد حمل على كونه مكشوفاً لإمكان الركوب فيه وإنما التغطية ترف اهـ (التحفة بتصرف وزيادة ج٦/١٥١ ـ ١٥٢).

(و) يشترط **(في إجارة الذمة ذكر جنس الدابة)** كالإبل والبغال والحمير

ونوعها وكونها ذكراً أو أنثى في الاستئجار للركوب لا للحمل إلا أن يكون لنحو زجاج وما يحتاج إليه للتمكن من الانتفاع كالمفتاح والزمام والحزام والقتب والسرج فهو على المكري ....

الشرح

(**ونوعها**) كعربية وغيرها (**وكونها ذكراً أو أنثى**) لأن الأغراض تختلف بذلك فإن الذكر أقوى والأنثى أسهل سيراً وفي وجه لا يشترط ذلك لقلة اختلاف الأغراض باختلافهما اهـ (النجم ج٥/٣٥٠)

(**في الاستئجار للركوب**) ويشترط أيضاً ذكر كيفية سيرها ككونها بحراً أي واسعة المشي أو قطوفاً بطيئة السير اهـ (التحفة مع ع ب ج٥/١٥٢) (**لا للحمل**) فلا يشترط جميع ما تقدم لأن المقصود الحمل إلى الموضع المعين (**إلا أن يكون لنحو زجاج**) كالخزف ونحوه مما يسرع انكساره فيشترط معرفة جنس الدابة وصفتها كما في الإجارة للركوب مطلقاً لاختلاف الغرض اهـ (التحفة ج٦/١٥٥) وكذا إذا كان في الطريق وحل أو طين فلابد من معرفة الدابة لأن الضعيفة تسقط فيها دون القوية اهـ (النجم ج٥/٣٥٢).

(**وما يحتاج إليه للتمكن من الانتفاع كالمفتاح**) أي مفتاح الغلق المثبت وهو أمانة في يد المستأجر إذا تسلمه فإن ضاع بغير تقصير لم يلزمه شيء وإن قصر ضمنه وفي الحالين يلزم المكرى تجديده فإن أبى لم يجبر ولم يأثم لكن يتخير المكترى وكذا في جميع ما يأتي اهـ (التحفة ج٦/١٦٣) (**والزمام**) للدابة (**والحزام**) من الحزم وهو القوة وهو ما يشد به الاكاف (**والقتب**) وهو ما يوضع على ظهر البعير (**والسرج**) وهو ما يوضع على ظهر الفرس والإكاف والثفر بالمثلثة: ما يجعل تحت ذنب الدابة والبرة بضم الباء وتخيف الراء: حلقة تجعل في أنف البعير والبرذعة وسائر آلات الركوب اهـ (النجم ج٦/٣٦٢) (**فهو على المكري**) ومحله عند إطلاق العقد أما إذا شرط أنه لا شيء من ذلك عليه فلا يلزمه اهـ (انظر المغني بالمعنى ج٢/٤٧٠).

أو لكمال الانتفاع كالمحمل والغطاء والدلو والحبل فعلى المكتري وعلى المكري في إجارة الذمة الخروج معه والتحمل والحط وإركاب الشيوخ وإبراك الجمل للمرأة والضعيف ....

الشرح

[تَنْبِيهٌ]: اعتمد المصنف رحمه الله تعالى أنَّ السَّرجَ على المُكري. والمعتمد: أنَّ يُتْبَعُ فيه العرف، قال في المنهاج (ص١٦١): «والأصح في السرج اتِّباع العرف».

(**أو لكمال الانتفاع كالمحمل**) وهو الهودج (**والغطاء**) والمظلة والوطاء (**والدلو والحبل**) الذي يشد به المحمل على البعير (**فعلى المكتري**) إن كانت الإجارة واردة على العين وإن كانت على الذمة فعلى المكري اهـ (شرح التنبيه ج٢/٤٨٤).

(**وعلى المكري في إجارة الذمة الخروج معه**) أي مع المكتري بنفسه أو نائبه (**والتحمل**) أي رفع الشيء المكترى على ظهر الدابة (**والحط**) للمكترى عن ظهر الدابة (**وإركاب الشيوخ**) ويقرب الدابة من مرتفع ليسهل عليهم الركوب (**وإبراك الجمل للمرأة والضعيف**) لأن العرف يقتضي ذلك ويلزم المكري في هذه الإجارة أن يوقف الدابة لنزول الراكب لما لا يمكن فعله على الدابة كقضاء الحاجة وللصلاة لا نحو أكل ولا يلزم الراكب المبالغة في تخفيف الصلاة والوضوء ولا الجمع ولا القصر لكن يمنع من الابطاء الزائد على العادة قال الماوردي: فلو كانت عادته الابطاء طبعاً في هذه الأشياء كان للمؤجر الفسخ به اهـ (النجم ج٥/٣٦٤) وله النوم وقت العادة دون غيره لأن النائم يثقل ويجب الإيصال إلى أول البلد المكري إليها لا إلى سكنه عند الاطلاق أما لو نص على الإيصال إلى منزله فيجب عليه لأنه من جملة ما استؤجر له ومثل النص ما لو جرت العادة بإيصال المكترى إلى منزله اهـ (التحفة مع ع ب ج٦/١٦٨) وليس

وللمكتري أن يستوفي المنفعة بالمعروف أو مثلها إما بنفسه أو بمثله فإذا استأجر ليزرع حنطة زرع مثلها أو ليركب أركب مثله وإن جاوز المكان المكترى إليه.........................

الشرح

عليه في إجارة العين إلا التخلية بين المكتري والدابة سواء كانت الإجارة للركوب أو للحمل ولا يلزم بإعانته في الركوب ولا غيره، وقيل تجب الإعانة على الركوب فيها أيضاً، وقيل تجب في الحمل سواء كانت في الذمة أو على العين واختاره الغزالي طرداً للعادة اهـ (النجم ج٥/٣٦٤).

(**وللمكتري أن يستوفي المنفعة بالمعروف**) فإذا استأجر ثوباً للبس لبسه نهاراً وليلاً إلى وقت النوم فإذا نام فيه ليلاً أو نقل فيه تراباً أو البسه دباغاً أو قصاباً ونحو ذلك ممن هو دون حاله وجب الضمان اهـ (النجم ج٥/٣٧٠).

(**أو مثلها**) أو أدون منها فإذا استأجر دابةً لحمل الحديد فله حمل الصوف والوبر والقطن. وإذا اكترى دابةً ليركبها إلى بلد فله أن يركبها إلى مثل مسافته إلى ناحية أخرى إذا كانت مثلها في السهولة والأمن وقيل ليس له ذلك اهـ (النجم بتصرف ج٥/٣٧٠ ـ ٣٧١).

(**إما بنفسه أو بمثله**) كما يجوز أن يؤجر ما استأجره من غيره فلو أجره بشرط أن يستوفى المنفعة بنفسه لم يصح وقيل يصح ويلغو الشرط اهـ (النجم ج٥/٣٧٠).

(**فإذا استأجر ليزرع حنطة زرع مثلها**) ودونها في الضرر ولا يزرع ما فوقها كالذرة والأرز (**أو ليركب أركب مثله**) أي في الضخامة والنحافة والطول والقصر، وهل يشترط أن يكون مثله في معرفة الركوب لأن الجهل يضر بالدابة أولا لأن التفاوت يسير الأشبه الثاني واحتج للأول بأن الناس يتفاوتون في ذلك اهـ (النجم ج٥/٣٧٠).

(**وإن جاوز المكان المكترى إليه**) كأن اكترى دابة ليركبها من مكة إلى

لزمه المسمى في المكان وأجرة المثل للزائد ويجوز تعجيل الأجرة وتأجيلها فإن أطلقا تعجلت ويجوز في إجارة الذمة تعجيل المنفعة وتأجيلها

الشرح

جدة فجاوز جدة (**لزمه المسمى في المكان**) لأنه استوفى المنفعة المقابلة له (**وأجرة المثل للزائد**) لأنه تعدى بها فأشبه بها الغاصب اهـ (شرح التنبيه ج٢/٤٨٥).

(**ويجوز تعجيل الأجرة وتأجيلها**) في إجارة العين إن كانت تلك الأجرة في الذمة كالثمن ويجوز الاستبدال عنها والحوالة بها وعليها والإبراء منها فإن كانت معينة لم يجز التأجيل لأن الأعيان لا تؤجل اهـ (التحفة بتصرف ج٦/١٢٦).

(**فإن أطلقا**) العاقدان بأن لم يذكرا تأجيلاً ولا حلولاً (**تعجلت**) فتكون حالة كالثمن في البيع المطلق اهـ (المغني ج٢/٤٥٢) وإن كانت معينة أو مطلقة كما في الروضة وأصلها أو في الذمة كما قاله المتولي ملكت في الحال بالعقد ملكاً مراعى بمعنى أنه كلما مضى جزء من الزمان على السلامة بان أن المؤجر استقر ملكه من الأجرة على ما يقابل ذلك أما استقرار جميعها فباستيفاء المنفعة أو بتفويتها، ولو تنازعا في البداءة بالتسليم فكما مر في البيع كما قاله المتولي وأقره خلافا للماوردي في قوله: لا يجب تسليم الأجرة مالم يسلم العين المستأجرة إلى المستأجر اهـ (المغني ج٢/٤٥٢).

(**ويجوز في إجارة الذمة تعجيل المنفعة وتأجيلها**) إلى أجل معلوم لأن الدين يقبل التأخير كما لو اسلم في شيء إلى أجل معلوم فإن أطلق كان حالاً كألزمت ذمتك حمل هذا البر غرة شهر رمضان إلى مكة، ولا يجوز في إجارة العين كما تقدم اهـ (المغني مع زيادة ج٢/٤٥٧).

وإن تلفت العين المستأجرة انفسخت في المستقبل وإن تعيبت تخير فإن كانت الإجارة في الذمة لم تنفسخ ولم يتخير بل له طلب بدلها ليستوفي المنفعة إن تلفت العين التي استؤجر على العمل فيها في يد الأجير ......

الشرح

(وإن تلفت العين المستأجرة انفسخت في المستقبل) لفوات المنفعة المعقود عليها كما ينفسخ البيع بتلف المبيع قبل القبض فيستقر قسطه من المسمى بأن يقوم المنفعة في المدتين الماضية والباقية ويوزع المسمى على نسبة القيمة فيهما كما يوزع الثمن على نسبة الأعيان إذا تلف بعضها قبل القبض ثم الاعتبار بتقويم المنفعة حالة العقد لا بما بعده كما صرح به القاضي حسين اهـ (ج٥/٣٨٦).

(وإن تعيبت تخير) والخيار على التراخي قاله الماوردي خلافاً لابن السكري من أنه على الفور والتخيير يكون بالعيب المقارن إذا جهل والحادث لتضرره والمراد بالعيب هنا ما أثر في المنفعة تأثيراً يظهر به تفاوت الأجرة كعرج الدابة الذي يتخلف به عن القافلة وكونها لا تبصر ليلاً، وحيث كان له الخيار وأجاز لزم المسمى فلو لم يعلم بالعيب حتى مضت المدة فات الخيار وله الأرش وان علم به في الأثناء وفسخ فله الأرش وإن لم يفسخ فلا أرش للمستقبل ويتجه كما قال الغزى **فإن كانت** وجوبه فيما مضى كما في كل المدة اهـ (المغني مع زيادة ج٢/٤٧١).

(**فإن كانت الإجارة في الذمة لم تنفسخ**) بالتلف ولا بالعيب (**ولم يتخير**) المكتري (**بل له طلب بدلها ليستوفي المنفعة**) لأن المعقود عليه ما في الذمة وهو باق فإن عجز عن إبدالها فالظاهر كما قاله الأذرعي ثبوت الخيار للمكتري اهـ (المغني مع زيادة ج٢/٤٧٢).

(**وإن تلفت العين التي استؤجر على العمل فيها في يد الأجير**) كثوب

أو العين المستأجرة في يد المستأجر بلا عدوان لم يضمنها وإن مات احد المتكاريين والعين المستأجرة باقية لم تنفسخ وإذا انقضت المدة لزم المستأجر رد العين وعليه مؤنة الرد ....

الشرح

استأجر لخياطته أو صبغه فلا يضمن سواء تفرد باليد أم لا كأن قعد المكترى معه حتى يعمل أو أحضره منزله ليعمل ولم يقعد معه اهـ (المنهاج مع المغني بتصرف ج٢/٤٧٥).

(أو) تلفت (**العين المستأجرة في يد المستأجر بلا عدوان**) كأن استأجر دابة فتلفت (**لم يضمنها**) بالإجماع فإن حصل التلف بالتعدي كأن ضرب الدابة أو أركبها أثقل منه ضمن.

(**وإن مات أحد المتكاريين**) أي المكري أو المكتري أو كلاهما (**والعين المستأجرة باقية لم تنفسخ**) لأن الإجارة عقد لازم كالبيع ويخلف المستأجر وارثه في استيفاء المنفعة وقال أبو حنيفة تنفسخ وإنما انفسخت بموت الأجير المعين لأنه مورد العقد لا لأنه عاقد فلا يستثني من عدم الانفساخ، لكن استثني صور منها ما لو أجر عبده المعلق عتقه بصفة فوجدت مع موته فإن الإجارة تنفسخ بموته خلافاً لما اقتضاه كلام الرافعي في باب الوقف ومنها المدبر فإنه كالمعلق عتقه بصفة ومنها لو أجر البطن الأول من الموقوف عليهم العين الموقوفة مدة ومات قبل تمامها وشرط الواقف النظر لكل بطن منهم في حصته مدة استحقاقه فقط وغيرها من الصور المذكورة في المطولات اهـ (المغني بتصرف ج٢/٤٨١).

(**وإذا انقضت المدة لزم المستأجر رد العين وعليه مؤنة الرد**) هذا ما اعتمده المصنف تبعاً لأبي إسحاق الشيرازي في التنبيه والذي صححه الشيخان واعتمده في التحفة والمغنى والنهاية أنه لا يلزمه الرد ولا مؤنته بل لو شرط

وإذا عقد على مدة أو منفعة معينة فسلم العين وانقضت المدة أو زمن يمكن فيه استيفاء المنفعة استقرت الأجرة ووجب رد العين وتستقر في الإجارة الفاسدة أجرة المثل حيث يستقر المسمى في الصحيحة.

الشرح

أحدهما عليه فسد العقد وإنما الذي عليه التخلية كالوديع، والذي اعتمده السبكي أنها كالأمانة الشرعية فيلزمه إعلام مالكها بها أو الرد فوراً وإلا ضمن والمعتمد ما جرى عليه الشيخان ومن تبعهم اهـ (ملخصا من التحفة ج٦/١٧٧ وشرح التنبيه ج٢/٤٨٧).

(**وإذا عقد على مدة**) بأن أجره الدار شهراً في إجارة العين (**أو منفعة معينة**) بأن أجره دابة لحمله من مكة إلى المدينة مثلاً (**فسلم العين وانقضت المدة**) المعينة (**أو زمن يمكن فيه استيفاء المنفعة استقرت الأجرة**) وإن لم ينتفع لتلف المنافع تحت يده وسواء أترك الانتفاع اختياراً أم لعذر كخوف الطريق أو لعدم الرفقة لأن الأجرة تستقر إما باستيفاء المنفعة وإما بالتمكن من الاستيفاء بأن تسلم العين إليه في إجارة الذمة وأما بالعرض عليه أو وضعها بين يديه أو بالتخلية بينه وبين العين في إجارة العين أو بالتسلم كذلك اهـ (المغني مع زيادة ج٢/٤٨٤).

(**ووجب رد العين**) وتقدم أنه لا يجب عند الشيخين وغيرهما ثم أشار المصنف لفرع من قاعدة أن فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه بقوله (**وتستقر في الإجارة الفاسدة أجرة المثل**) زادت على المسمى أو نقصت (**حيث يستقر المسمى في الصحيحة**) يعني أن أجرة المثل تستقر في الإجارة الفاسدة بما يستقر المسمى في الإجارة الصحيحة وهو واحد من ثلاثة أمور إما الاستيفاء أو التمكن منه أو العرض كما تقدم «واحترز» بالفاسدة عن الباطلة كما لو أستأجر صبي بالغاً فعمل عملاً فإنه لا يستحق شيئاً لأنه الذي فوت على نفسه

عمله اهـ (ملخصا من أنوار المسالك ص: ٢٥٣ والنجم الوهاج ج٥/٣٩٥).

[تَنْبِيْهٌ]: يستثنى من التسوية بين الإجارة الفاسدة والصحيحة أن تخلية العقار والوضع بين يديه والعرض عليه وإن امتنع لا يكفي في الإجارة الفاسدة بل لابد من القبض الحقيقي وعلى المستأجر في الفاسدة رد العين المؤجرة وليس له حبسها لاسترداد الأجرة كما في التتمة اهـ (المغني ج٢/٤٨٥).

** ** **

فصل في الجعالة

إذا قال من بنى لي حائطاً فله درهم أو من رد لي آبقى فله كذا ....

الشرح

(فصل في الجعالة)

وهي لغةً: اسم لما يجعل للإنسان على شيء، وشرعاً: التزام عوض معلوم على عمل معين. أوردها المصنف رحمه الله تعالى عقب الإجارة كالروضة والمهذب والتنبيه وأبي شجاع لأن لها شبهاً ظاهراً بالإجارة لأنها عقد على عمل وأوردها الجمهور عقب اللقطة واللقيط لأنها تقع في الأغلب على الضوال والعبيد الآبقين فحسن وصلها باللقطة واللقيط واستأنسوا لها بقوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ وكان حمل البعير معلوماً عندهم كالوسق، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما يخالفه وفي الصحيحين أن رهطاً من أصحاب رسول الله ﷺ نزلوا بحي من أحياء العرب فاستضافوهم فأبوا أن يضيفوهم، فلدغ سيد ذلك الحي فسعوا له بكل شيء فقال بعضهم: لو أتيتم هؤلاء الرهط الذين نزلوا بكم لعل أن يكون عندهم شيء ينفع صاحبكم، فقال بعضهم: إن سيدنا لدغ فهل عند أحد منكم رقية؟ فقال رجل من القوم: أنا أرقي، ولكن استضفناكم فأبيتم أن تضيفونا ما أنا براق حتى تجعلوا لي جعلاً، فجعلوا له ثلاثين رأساً من الغنم، فقرأ عليه بأم الكتاب وتفل عليه فكأنما نشط من عقال فأوفاهم جعله الذي صالحوه عليه فقال الذي رقى وهو أبو سعيد الخدري لا تفعلوا حتى نأتي رسول الله ﷺ فنستأمره فقدموا على رسول الله ﷺ فقال «أحسنتم اضربوا لي معكم بسهم» وانعقد الإجماع على جوازها وقال الغزالي هي معاملة صحيحة ولم يقل معاقدة لأنها غير مفتقرة إلى القبول اهـ (النجم ج٦/٨٩ ـ ٩٠).

(إذا قال من بنى لي حائطاً فله درهم أو من رد لي آبقى فله كذا) أو رده

الشرح

ولك كذا والأوجه أنه لا يشترط أن يقول عليَّ ولا نيته واحتمل ابهام العامل لأنه قد لا يعرف راغباً في العمل وكقول من حبس ظلماً لمن يقدر على خلاصه وإن تعين على المعتمد إن خلصتني فلك كذا بشرط أن يكون فيه كلفة تقابل بأجرة عرفاً اهـ (التحفة ج٦/٣٦٥).

(**فهذه جعالة يغتفر فيها جهالة العمل**) لأن الجهالة احتملت في القراض لحصول زيادة فاحتمالها في رد الحاصل أولى وقيد جمع اغتفار الجهالة فيما لا يمكن ضبطه كقوله من رد عبدي فله كذا فأما ما يمكن ضبطه كما إذا قال من بنى لي حائطاً فلا بد من بيان موضع البناء وطول الحائط وسمكه وارتفاعه وما يبنى به، وفي الخياطة يعتبر وصف الثوب والخياطة اهـ (النجم مع زيادة وتصرف ج٦/٩٣).

(**دون جهالة العوض**) فلابد في العوض أن يكون مالاً معلوماً مقصوداً يصح غالباً جعله ثمناً فلو قال من رده فله ثوب أو أرضيه أو فله خمر مثلاً فسد العقد لجهالة العوض أو عدم ماليته ولمن رده حينئذ إذا كان جاهلاً بأن الفاسد لا شيء فيه أجرة المثل كالإجارة الفاسدة أما إذا كان العوض غير مقصود كالدم فلا شيء له لأنه لم يطمع في شيء، ويستثنى من اشتراط العلم بالجعل ما لو جعل الإمام لمن يدل على قلعة الكفار جعلاً كجارية منها فإنه يجوز مع جهالة العوض للحاجة وما لو قال حج عني وأعطيك نفقتك فإنه يجوز مع جهالتها كما جزم به الرافعي في الشرح الصغير والمصنف في الروضة وقال الشيخ ابن حجر رحمه الله تعالى إن هذه أرزاق لا جعالة وإذا قلنا بأنه أرزاق لزمه كفايته كما هو ظاهر بخلاف ما لو قال حج عني بنفقتك فإنه فاسد كما جزم به في الام وجزم به الماوردي اهـ (التحفة بتصرف ج٦/٣٧٠ ـ ٣٧١).

فمن بنى أو رد إليه الآبق ولو جماعة استحق الجعل ومن عمل بلا شرط لم يستحق شيئاً فلو دفع ثوباً لغسال فقال اغسله ولم يسم له أجرة فغسله لم يستحق شيئاً فإن قال شرطت لي عوضاً فأنكر فالقول قول المنكر ولكل منهما فسخها........................

الشرح

(**فمن بنى أو رد إليه الآبق ولو**) كان الذي الذين اشتركوا في رده (**جماعة استحق الجعل**) كاملاً إذا رده واحد ويقسم بين الجماعة إذا ردوه بالسوية وإن امتازوا في العمل نعم إن عصى الراد بوضع يده عليه بنحو غصب ثم سمع قول مالكه مثلاً من رد عبدي فله كذا فرده لم يستحق سيئاً وإن كان فيه كلفة لتعين الرد عليه فوراً ليخرج به عن المعصية (**ومن عمل**) لغيره شيئاً من ذلك (**بلا شرط لم يستحق شيئاً**) سواء جرت عادته أن يفعل ذلك بأجرة أم لا لأنه بذل منفعته من غير إذن اهـ (شرح التنبيه ج٢/٤٩٢) (**فلو دفع ثوباً لغسال فقال اغسله ولم يسم له أجرة**) أو دفع ثوباً لخياط ليخيطه ولم يُسَمِّ له أجرة (**فغسله**) أو خاطه (**لم يستحق شيئاً**) لأن المنافع كالأعيان وقيل يستحق أجرة المثل لأن رب الثوب استهلك عمله في ملكه فأشبه الغاصب وقيل إن بدأ صاحب الثوب بالسؤال فله الأجرة وإن بدأ العامل بالطلب فقال أعطني ثوبك لأغسله فلا أجرة له وقيل إن كان معروفاً بذلك العمل فله الأجرة وإلا فلا واستحسنه الرافعي اهـ (شرح التنبيه ج٢/٤٩٢).

(**فإن قال**) العامل (**شرطت لي عوضاً فأنكر**) المعمول له (**فالقول قول المنكر**) لأن الأصل عدم الشرط وبراءة ذمته وإن اختلفا في قدر العوض المشروط تحالفا كما في الإجارة وتجب أجرة المثل اهـ (شرح التنبيه مع زيادة ج٢/٤٩٢).

(**ولكل منهما فسخها**) قبل العمل لأنها عقد جائز من الطرفين كالقراض

لكن إن فسخ صاحب العمل بعد الشروع لزمه قسطه من العوض وفيما سوى ذلك لا شيء للعامل.

الشرح

والشركة فأما بعد الشروع في العمل فيجوز للعامل الفسخ ولا يستحق شيئاً لأنه أسقط حق نفسه وسواء قطع بعض المسافة وعمل بعض العمل أم لا اهـ (شرح التنبيه ج٢/٤٩١ مع زيادة من النجم ج٦/٩٨).

(لكن إن فسخ صاحب العمل بعد الشروع لزمه قسطه من العوض) والمعتمد أنه يستحق أجرة المثل لا القسط من العوض المسمى لأنه إنما يستحق المسمى بالفراغ من العمل فكذا بعضه **(وفيما سوى ذلك لا شيء للعامل)** بأن كان الفسخ قبل الشروع في العمل.

[خَاتِمَةٌ]

مما يتعلق بالباب ويحتاج إليه يد العامل على ما يقع في يده إلى أن يرده يد أمانة فإن خلاه بتفريط ضمنه لتقصيره وتردد الرافعي في مؤنة المردود وفي الروضة عن ابن كج أنه إذا انفق عليه العامل فمتبرع إلا أن يأذن له الحاكم أو يشهد عند فقده ليرجع ولو اكره مستحق على عدم مباشرة وظيفته استحق المعلوم كما أفتى به التاج الفزاري ونظير ذلك فيما يظهر مدرس يحضر مع الدرس ولا يحضر أحد من الطلبة وإمام يحضر المسجد ولا يحضر أحد من المصلين فيستحقان ما شرط لهما لأن قصد المدرس والمصلي ليس في وسعه وإنما عليه الانتصاب لذلك، وأفتى بعضهم بحل النزول عن الوظائف بالمال أي لأنه من أقسام الجعالة فيستحقه النازل ويسقط حقه وإن لم يقرر الناظر المنزول له لأنه بالخيار بينه وبين غيره ولو قال اقترض لي مائة ولك عشرة أي في مقابلة الاقتراض فهو جعالة ذكره الماوردي والروياني اهـ (ملخصاً من التحفة مع ع ب ج٦/٣٨٠ والمغني ج٢/٥٨٩). والله أعلم.

باب اللقطة واللقيط

إذا وجد الحر الرشيد لقطة جاز التقاطها فإن وثق بأمانة نفسه ندب

الشرح

(باب اللقطة واللقيط)

بفتح اللام وفتح القاف وحكى ابن مالك فيها أربع لغات: لقاطة ولقطة بضم اللام وسكون القاف ولقطة بفتح اللام وفتح القاف ولقط بفتح اللام والقاف بلا هاء ويقال اللقطة بفتح القاف اسم للملتقط بكسرها أيضاً وهي لغةً: ما وجد على تطلب قال تعالى: ﴿فَٱلْتَقَطَهُۥٓ ءَالُ فِرْعَوْنَ﴾.

وشرعاً: ما وجد في موضع غير مملوك من مال أو مختص ضائع من مالكه سقوط أو غفلة ونحوها لغير حربي ليس بحرز ولا ممتنع بقوته ولا يعرف الواجد مالكه، والأصل فيها قبل الإجماع الآيات الآمرة بالبر والإحسان إذ في أخذها للحفظ والرد بر وإحسان وخبر الصحيحين عن زيد بن خالد الجهني أنَّ النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سئل عن لقطة الذهب أو الورق فقال: «اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن لم تعرفها فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فإن جاء صاحبها يوم من الدهر فأدها إليه وإلا فشأنك بها» وسئل عن ضالة الإبل فقال: «مالك ولها دعها فإن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها» وسئل عن الشاة فقال: «خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب» وفي الالتقاط معنى الأمانة والولاية من حيث أن الملتقط أمين فيما التقطه والشرع ولاه حفظه كالولي في مال الطفل وفيه معنى الاكتساب من حيث أن له التملك بعد التعريف وهو المغلب لأنه مآل الأمر اهـ (المغني مع زيادة ج٢/٥٥١ ـ ٥٥٢).

(**إذا وجد الحر الرشيد لقطة**) في غير الحرم (**جاز التقاطها**) ولا يلزمه (**فإن وثق بأمانة نفسه ندب**) التقاطها لما فيه من البر بل قال جمع يكره تركها

وإن خاف الخيانة كره ثم يندب أن يعرف جنسها وصفتها وقدرها ووعاءها ووكاءها وهو الخيط الذي ربطت به وأن يشهد عليها ثم إن كان الالتقاط في الحرم..

الشرح

لئلا تقع في يد خائن وقيل يجب حفظاً لمال الآدمي كنفسه وقال جمع بل نقل عن الجمهور إن غلب على ظنه ضياعها لو تركها وجب وإلا فلا واختاره السبكي وخصه الغزالي بما إذا لم يكن عليه تعب في حفظها ولا يضمن وإن أثم في الترك اهـ (التحفة ج٦/٣١٨).

(**وإن خاف الخيانة**) ولو مآلاً وهو أمين في الحال (**كره**) ويكره تنزيهاً وقيل تحريماً التقاط الفاسق ولو بنحو ترك صلاة وإن علمت أمانته في الأموال لأنه قد يخون اهـ (المغني ج٢/٥٥٢ مع التحفة ج٦/٣١٩) (**ثم يندب**) وقيل يجب بعد الأخذ اهـ (انظر شرح التنبيه ج٢/٥١١) (**أن يعرف جنسها وصفتها**) الشامل لنوعها (**وقدرها**) بعدد أو ذرع أو كيل أو وزن (**ووعاءها**) أي ما هي فيه (**ووكاءها**) بكسر الواو والمد (**وهو الخيط الذي ربطت به**) الصرة مثلاً (**وأن يشهد عليها**) ندباً وقيل يجب لحديث أبي داود وغيره «من التقط فليشهد ذوي عدل أو ذا عدل فإن وجد صاحبها فليؤدها إليه وإلا فهو مال الله يؤتيه من يشاء» والأول حمله على الاستحباب ولهذا خير بين العدل والعدلين قال النووي في نكته وله فائدتان: إحداهما أنه ربما طمع فيها بعد ذلك وهذا إذا لم يكن سلطان البلد ظالماً بحيث يعلم أو يغلب على ظنه أنه إذا عرفها أخذها وإلا امتنع الإشهاد ثم قيل يشهد على أصلها دون صفاتها فيقول وجدت لقطة، لئلا يتوصل الكاذب إليه، وقيل يشهد عليها وعلى صفاتها حتى لا يتملكها القريب إذا مات وتوسط الإمام فقال يذكر بعض الأوصاف ولا يستوعبها وصححه في زوائد الروضة اهـ (شرح التنبيه ج٢/٥١١ ـ ٥١٢).

(**ثم إن كان الالتقاط في الحرم**) المكي لا المدني خلافاً للبلقيني حيث

أو كانت اللقطة جارية يحل له وطؤها بملك أو نكاح أو وجد في برية حيواناً يمتنع من صغار السباع كبعير وفرس وأرنب وضبي وطير فلا يجوز في هذه المواضع أن يلتقط إلا للحفظ على صاحبها فإن التقط للتملك حرم وكان ضامناً وفيما عدا ذلك يجوز للحفظ والتملك فإن التقط للحفظ لم يلزمه تعريفها.........................

الشرح

اختار استواءهما اهـ (التحفة ج٦/٣٤٠) **(أو كانت اللقطة جارية يحل له وطؤها)** بأن كانت مسلمة أو كتابية فإنه يحل للمسلم أن يطأها **(بملك)** أو يحل له وطؤها بـ **(نكاح)** بأن يتزوجها مع وجود شروط نكاح الأمة، فإن لم يحل له وطؤها لمحرمية أو تمجسٍ حل له التقاطها للتملك **(أو وجد في برية)** أي صحراء.

(حيواناً يمتنع من صغار السباع) كالنمر والفهد والذئب و**(كبعير)** كبير **(وفرس)** وبغل وحمار **(وأرنب وضبي وطير فلا يجوز في هذه المواضع)** الثلاثة المتقدمة **(أن يلتقط إلا للحفظ على صاحبها)** ومحل امتناع الالتقاط في هذه المواضع للتملك في زمن الأمن أما في زمن النهب والفساد فيجوز أخذه للتملك في صحراء وغيرها اهـ (ملخصاً من التحفة والنجم).

(فإن التقط للتملك حرم وكان ضامناً) ولا يبرأ برد الملتقط إلى موضعه ويبرأ بدفعه إلى القاضي على الأصح في الشرح والروضة اهـ (المغني ج٢/٥٥٦).

(وفيما عدا ذلك) أي فيما عدا ما ذكر من هذه المسائل الثلاث منها كشاة وعجل صغير **(يجوز)** لقطه من مفازة وعمران في زمن أمن أو نهب **(للحفظ والتملك)** صيانة له عن الخونة والسباع **(فإن التقط للحفظ لم يلزمه تعريفها)** لأن الشرع إنما أوجب التعريف لأجل أن له أن يتملك بعده وما جرى عليه المصنف من عدم لزوم التعريف هو ما في المنهاج والذي اعتمده في الروضة

وتكون عنده أمانة لا يتصرف فيها أبداً إلى أن يجد صاحبها فيدفعها إليه وإن دفعها إلى الحاكم لزمه القبول نعم لقطة الحرم مع كونها للحفظ يجب تعريفها وإن التقط للتملك وجب أن يعرفها سنة على أبواب المساجد والأسواق والموضع ....

الشرح

وصححه في شرح مسلم ورجحه الإمام والغزالي وشيخ الإسلام والخطيب والرملي وجوب التعريف (**وتكون**) أي اللقطة (**عنده**) أي الملتقط المذكور (**أمانة لا يتصرف فيها أبداً إلى أن يجد صاحبها فيدفعها إليه**) أي إلى صاحبها كسائر الأمانات (**وإن دفعها إلى الحاكم**) الشرعي وهو القاضي (**لزمه**) أي الحاكم (**القبول**) حفظا لها على مالكها بخلاف الوديعة فلا يلزم الحاكم قبولها لقدرته على ردها لصاحبها وقد التزم الحفظ اهـ (المغني مع زيادة ج٢/٥٥٩).

(**نعم لقطة الحرم مع كونها للحفظ يجب تعريفها**) قطعاً لخبر الصحيحين «إن هذا البلد حرمه الله لا يلتقط لقطته إلا من عرفها» وفي رواية للبخاري لا تحل إلا لمنشد، قال الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أي لمعرف ونقل في زيادة الروضة عن الأصحاب أنه يلزم الملتقط الإقامة للتعريف أو دفعها للحاكم اهـ (ملخصاً من المغني ج٢/٥٦٦).

(**وإن التقط للتملك وجب أن يعرفها سنة**) من أول وقت التعريف ولو التقط اثنان لقطة عرفها كل واحد نصف سنة عند (م ر) والخطيب وقال ابن الرفعة وتبعه الشيخ بن حجر يعرفها كل واحد سنة اهـ (التحفة مع ع ب ج٦/٣٣٣) (**على أبواب المساجد**) عند خروج الناس من الجماعات في بلد اللقط أو قريته فإن كان بصحراء ففي مقصده ولا يكلف العدول إلى أقرب البلاد إلى موضعه من الصحراء وإن جازت به قافلة تبعها وعرف ولا يعرف في المساجد قال الشاشي إلا في المسجد الحرام (**والأسواق**) حال قيامها (**والموضع**

التي وجد فيها على العادة ففي أول الأمر يعرف طرفي النهار ثم في كل يوم مرة ثم في كل أسبوع ثم في كل شهر مرة بحيث لا ينسى التعريف الأول ويعلم أن هذا تكرار له فيذكر بعض أوصافها ولا يستوعبها وإن كانت اللقطة يسيرة وهي مما لا يتأسف عليه ويعرض عنه غالباً ....

الشرح

التي وجد فيها) لأن طلب الشيء في موضعه أكثر فإن حضره سفر فوض التعريف إلى غيره ولا يسافر بها وليس للملتقط تسليم المال إلى غيره ليعرفه إلا بإذن الحاكم فإن فعل ضمن اهـ (النجم بتصرف وزيادة ج٦/٢٩ ـ ٣٠) **(على العادة)** فلا يشترط استيعابها كلها، ولا يعرف ليلاً ولا وقت القيلولة.

(ففي أول الأمر يعرف طرفي النهار) أسبوعاً **(ثم في كل يوم مرة)** طرفه أسبوعاً أو أسبوعين **(ثم في كل أسبوع)** مرة أو مرتين **(ثم في كل شهر مرة)** كذلك **(بحيث لا ينسى التعريف الأول ويعلم أن هذا تكرار له)** حتى لو فرض أن المرة في الأسابيع التي بعد التعريف كل يوم لا تدفع النسيان وجب مرتان كل أسبوع ثم مرة كل اسبوع وزيد في الأول لأن تطلب المالك فيها أكثر **(فيذكر)** ندباً **(بعض أوصافها)** في التعريف كجنسها وعفاصها ووكائها ومحل وجدانها لأنه أقرب لوجدانها **(ولا يستوعبها)** لئلا يعتمدها الكاذب فإن استوعبها ضمن لأنه قد يرفعه إلى من يلزم الدفع بالصفات اهـ (شرح المنهج ج٣/٦١٠).

(وإن كانت اللقطة يسيرة) قيل دينار وقيل درهم وقيل وزنه وقيل دون نصاب السرقة اهـ (التحفة ج٦/٣٣٦).

(وهي مما لا يتأسف عليه) ولا يطول طلب صاحبها لها **(ويعرض عنه غالباً)** متمولاً كان أو مختصاً ولا يتقدر بشيء اهـ (شرح المنهج ج٣/٦١٠).

إذا فقد لم يجب تعريفها سنة بل زمناً يظن أن فاقدها أعرض عنها ثم إذا عرف سنة لم تدخل في ملكه حتى يختار التملك باللفظ فإذا اختاره ملكها حتى لو تلفت قبل أن يختار لم يضمنها وإذا تملكها ثم جاء صاحبها يوماً من الدهر فله أخذها بعينها إن كانت باقية............

الشرح

(**إذا فقد لم يجب تعريفها سنة**) لأن فاقدها لا يتأسف عليها سنة.

(**بل زمناً يظن أن فاقدها أعرض عنها**) غالباً ويختلف ذلك باختلاف الأموال فدانق الفضة حالاً ودانق ذهب نحو ثلاثة أيام أو يومين أما ما يعرض عنه غالباً كبرة وزبيبة وزبل يسير فلا يعرف بل يستبد به واجده ولو في حرم مكة كما هو ظاهر وقد سمع عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ من ينشد في الطواف زبيبة فقال إن من الورع ما يمقته الله، ورأى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تمرة في الطريق فقال: لولا أخشى أن تكون صدقة لأخذتها اهـ (التحفة بتصرف ج٦/٣٣٦)

(**ثم إذا عرف سنة**) ولو لغير تملك (**لم تدخل في ملكه حتى يختار التملك باللفظ**) من الناطق كتملكت أو ما في معناه كالكتابة من الناطق مع النية والإشارة عن الأخرس اهـ (**فإذا اختاره**) أي التملك (**ملكها**) وإذا ملكها دخلت في ضمانه (**حتى لو تلفت**) اللقطة (**قبل أن يختار**) التملك (**لم يضمنها**) لأنها في يده أمانة فإن جاء صاحبها قبل التملك أخذها مع زيادتها سواء كانت متصلة أو منفصلة اهـ (شرح التنبيه بتصرف ج٢/٥١٣).

(**وإذا تملكها ثم جاء صاحبها**) أي مالكها (**يوماً من الدهر فله أخذها بعينها إن كانت باقية**) مع الزيادة المتصلة دون المنفصلة كالمبيع إذا رد بعيب ويجب على الملتقط ردها إلى مالكها إذا علمه ولم يتعلق بها حق لازم قبل طلبه في الأصح كما قاله الرافعي في باب الوديعة، ومؤنة الرد على الملتقط لأنه

وإلا فمثلها أو قيمتها وإن تعيبت أخذها مع الأرش ويكره التقاط الفاسق وينزع منه ويسلم إلى ثقة ويضم إلى الفاسق ثقة يشرف عليه في التعريف ثم يتملكها الفاسق ....

الشرح

قبض العين لغرض نفسه، أما إذا حصل الرد قبل تملكها فمؤنة الرد على مالكها كما قاله الماوردي اهـ (المغني ج٢/٥٦٣ ـ ٥٦٤).

(**وإلا**) بأن لم تكن باقية بأن تلفت حساً أو شرعا بعد التملك اهـ (المغني ج٢/٥٦٤) (**فمثلها**) يغرم إن كانت مثلية (**أو قيمتها**) إن كانت متقومة لأنه تمليك يتعلق به العوض فأشبه البيع والقيمة تعتبر يوم التملك لها لأنه يوم دخول العين في ضمانه، وقيل يوم المطالبة بها اهـ (المغني ج٢/٥٦٤). (**وإن**) جاء المالك وقد (**تعيبت**) بعيب حصل بعد التملك (**أخذها مع الأرش**) للقاعدة أن ما ضمن كله عند التلف يضمن بعضه عند النقص اهـ (التحفة ج٦/٣٣٩) ولو أراد المالك بدلها وقال الملتقط أضم إليها الأرش وأردها أجيب الملتقط على الأصح اهـ (المغني ج٢/٥٦٥) (**ويكره**) تنزيهاً وقيل تحريماً (**التقاط الفاسق**) لئلا تدعوه نفسه إلى الخيانة اهـ (المغني ج٢/٥٥٢) (**وينزع**) الملتقط (**منه**) وإن لم يخش ذهابه به اهـ (التحفة ج٢/٣٢٠) (**ويسلم إلى ثقة**) لأن مال ولده لا يقر في يده فكيف مال الأجانب والمتولي للنزع والوضع القاضي كما هو معلوم اهـ (المغني بتصرف ج٢/٥٥٣). (**ويضم إلى الفاسق ثقة يشرف عليه في التعريف**) وذلك لئلا يفرط في التعريف ولا يعتد بتعريفه من غير رقيب عدل ولو كان الملتقط أميناً لكنه ضعيف لا يقدر على القيام بها لم تنزع منه بل يعضد الحاكم بأمين يقوى به على الحفظ والتعريف اهـ (التحفة بتصرف ج٦/٣٢٠).

(**ثم يتملكها الفاسق**) ويشهد الحاكم عليه بغرمها إذا جاء صاحبها اهـ

ولا يصح لقط العبد فإن أخذها أخذها السيد منه وكان السيد ملتقطاً وإذا لم يمكن حفظ اللقطة كالبطيخ ونحوه يخير بين أكله وبيعه ثم يعرف سنة

الشرح

(التحفة ج٦/٣٢٠) وإذا لم يتملكها تركت في يد الأمين اهـ (المغني ج٢/٥٥٤)
(**ولا يصح لقط العبد**) أي القن الذي لم يأذن له سيده ولم ينهه وإن نوى سيده لأنه يعرضه للمطالبة ببدلها لوقوع الملك له ولأن فيه شائبة ولاية وتملك وليس من أهلهما اهـ (التحفة ج٦/٣٢٢)

(**فإن أخذها أخذها السيد منه**) أو أجنبي (**وكان السيد**) أو الأجنبي (**ملتقطاً**) ويسقط عن العبد الضمان وفي معنى أخذ السيد إقراره اللقطة في يد العبد إن كان أميناً إذ يده كيده فإن استحفظه وهو غير أمين أو أهمله تعلق الضمان بالعبد وسائر أموال السيد حتى لو هلك العبد لا يسقط الضمان، ولو أفلس السيد قدم صاحب اللقطة في العبد على سائر الغرماء اهـ (المغني ج٢/٥٥٥).

[تَنْبِيهٌ]: لو عتق العبد قبل أن تؤخذ منه جاز له تملكها وكأنه التقط بعد الحرية. اهـ (المغني بتصرف ج٢/٥٥٥).

(**وإذا لم يمكن حفظ اللقطة كالبطيخ ونحوه**) كهريسة وعنب لا يتزبب وتمر لا يتتمر (**يخير**) آخذه (**بين**) خصلتين تملكه في الحال ثم (**أكله**) وغرم قيمته سواء أوجده في مغارة أم عمران وقيل إن وجده في عمران وجب البيع، وإذا جوزنا الأكل فأكل وجب التعريف في العمران بعده وإن كان في الصحراء قال الإمام فالظاهر أنه لا يجب، ولا يجب إفراز القيمة المغرومة من ماله نعم لابد من إفرازها عند تملكها لأن ملك الدين لا يصح قاله القاضي أ (**وبيعه**) استقلالاً إن لم يجد حاكماً وبإذنه إن وجده (**ثم يعرف سنة**) بعد بيعه ليتملك

وإن أمكن إصلاحه كالرطب فإن كان الأحظ في بيعه باعه أو تجفيفه جففه.

الشرح

ثمنه بعد التعريف ولا يعرف الثمن وهذه الخصلة أي بيعه ثم تعريفه ثم تملك ثمنه بعد التعريف أولى من أكله وغرم قيمته (**وإن أمكن إصلاحه كالرطب فإن كان الأحظ في بيعه باعه**) جميعه بإذن الحاكم إن وجده وإلا استقلالاً (**أو**) كان الأحظ في (**تجفيفه**) وتبرع به الواجد له أو غيره (**جففه**) لأنه مال غيره فروعي فيه المصلحة كولي اليتيم وإذا لم يتبرع الواجد ولا غيره بتجفيفه بيع بعضه لتجفيف الباقي طلباً للأحظ.

[تَنْبِيْه]: ظاهر كلام المتن أن مراعاة الأحظ واجبة وكلام الأصحاب مصرح به قال الأذرعي والأقرب أنه لا يستقل بعمل الأغبط في ظنه بل يراجع القاضي فإن استوى الأمران بيع لما في البيع من قلة الكلفة.

**   **   **

فصل في اللقيط

التقاط المنبوذ فرض كفاية فإذا وجد لقيط حكم بحريته وكذا بإسلامه إن وجد في بلد فيه مسلم وإن نفاه فإن كان معه مال متصل به أو تحت رأسه فهو له ....

الشرح

(فصل في اللقيط)

وهو لغةً: مأخوذ من اللقط، وهو مطلق الأخذ وشرعاً: صبي أو مجنون لا كافل له معلوم.

(التقاط المنبوذ فرض كفاية) لأنه إحياء نفس كإنقاذ الغريق ولأنه آدمي محترم فوجب حفظه كالمضطر إلى طعام غيره بل أولى لأن البالغ العاقل ربما احتال لنفسه فإذا التقطه أهل للحضانة سقط الفرض والإثم وإلا أثم كل من علم من أهل تلك الناحية اهـ (شرح التنبيه ج٢/٥١٧) وفارق اللقطة حيث لا يجب التقاطها بأن المغلب عليها الاكتساب والنفس تميل إليه فاستغني بذلك عن الوجوب كالنكاح والوطء فيه فلو لم يعلم بالمنبوذ إلا واحد لزمه أخذه اهـ (المغني ج٢/٥٦٧). **(فإذا وجد لقيط حكم بحريته)** ما لم يقر بالرق أو تشهد بينة برقه وتتعرض بسبب الملك كإرث وشراء **(وكذا)** يحكم **(بإسلامه إن وجد في بلد فيه مسلم)** يمكن أن يولد للمسلم ذلك اللقيط ولو كان المسلم أسيراً منتشراً أو تاجراً أو مجتازاً اهـ (المغني ج٢/٥٧٢) **(وإن نفاه)** تغليباً للإسلام وفي مسند الإمام أحمد والدارقطني «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه» **(فإن كان معه مال متصل به)** كثياب ملبوسة له أو ملفوفة عليه أو مفروشة تحته أو مغطى بها ودراهم ودنانير في جيبه أو منثورة فوقه أو تحته اهـ (شرح التنبيه ج٢/٥١٧) **(أو)** موضوع **(تحت رأسه فهو له)** لأن له يد كالبالغ اهـ (شرح التنبيه ج٢/٥١٧).

فإذا التقطه حر مسلم أمين مقيم أقر في يده ويلزمه الاشهاد عليه وعلى ما معه وينفق عليه من ماله بإذن الحاكم فإن لم يكن حاكم انفق منه وأشهد فإن لم يكن له مال فمن بيت المال وإلا اقترض على ذمة الطفل

الشرح

(**فإذا التقطه حر مسلم أمين مقيم أقر في يده**) لأنه أحق به ولا يحتاج إلى إذن الإمام كاللقطة اهـ (شرح التنبيه ج٢/٥١٨) (**ويلزمه الاشهاد عليه**) أي الالتقاط في الأصح وإن كان ظاهر العدالة خوفاً من أن يسرقه اهـ (المغني ج٢/٥٦٧) (**وعلى ما معه**) تبعاً له لئلا يتملكه ومتى ترك الإشهاد لم تثبت له ولاية الحضانة إلا إن تاب وأشهد فيكون التقاطاً جديداً من حينئذ كما بحثه السبكي مصرحاً بأن ترك الإشهاد فسق نعم قيد الماوردي وغيره وجوب الإشهاد عليه وعلى ما معه بالملتقط بنفسه أما من سلمه الحاكم له فالإشهاد مستحب له فقط لأن تسليم الإمام حكم فأغنى عنه اهـ (ملخصاً من التحفة ج٦/٣٤٢ والمغني ج٢/٥٦٧) وقيل يستحب الإشهاد عليه وعلى ما معه كاللقطة واعتمده في التنبيه اهـ (انظر التنبيه مع شرحه ج٢/٥١٨).

(**وينفق عليه من ماله**) الخاص فإن لم يوجد له مال خاص فمن ماله العام كوقف على اللقطاء وموصى به لهم (**بإذن الحاكم**) فإن أنفق بغير إذنه ضمن (**فإن لم يكن حاكم أنفق منه وأشهد**) على الإنفاق خوفاً من الإنكار (**فإن لم يكن له مال**) خاص ولا عام ولو محكوماً بكفره بأن وجد ببلد كفر ليس بها مسلم اهـ (شرح المنهج ج٣/٦١٥) (**فمن بيت المال**) تكون مؤنته من سهم المصالح (**وإلا**) إذا لم يكن بيت مال أو كان ولم يكن فيه مال (**اقترض**) الحاكم (**على ذمة الطفل**) ثم إن عسر الاقتراض وجبت نفقته على موسري المسلمين قرضاً عليه إن كان حراً وإلا فعلى سيده اهـ (انظر البيجوري ج٢/٦٢)

وإن أخذه عبد أو فاسق أو من يظعن به من الحضر إلى البادية وكذا كافر وهو محكوم بإسلامه انتزع منه وإن التقطه اثنان وتنازعا فالمؤسر المقيم أولى.

الشرح

(**وإن أخذه عبد أو فاسق**) أو صبي أو محجور عليه بسفه (**أو من يظعن به**) أي يسافر به (**من الحضر إلى البادية وكذا**) لو التقطه (**كافر وهو محكوم بإسلامه انتزع منه**) لعدم أهلية الصبي وتهمة الفاسق والمحجور عليه بسفه وعدم ولاية الكافر على المسلم والعبد ممنوع من الحضانة لأنها تبرع وليس هو من أهلها ولأن نقله من الحضر إلى البادية ينقله به من العيش في الرخاء إلى العيش في الشقاء ولأن الحضر أرفق به لوجود من يعلمه ويؤدبه وأرجى لثبوت نسبه وأبعد عن استرقاقه والذي يقوم بانتزاعه هو الحاكم.

(**وإن التقطه اثنان**) من أهل الحضانة (**وتنازعا فالمؤسر المقيم أولى**) لأنه ربما يوسع عليه ويواسيه من ماله فإن تساويا وتشاحا أقرع بينهما قطعاً للنزاع ولأن الاجتماع على الحضانة متعذر والمهايأة تضر بالطفل لتبدل الأيدي وإن ترك أحدهما حقه قبل القرعة ترك في يد الآخر لأن المنع كان لحقه وقيل يرفع إلى الحاكم حتى يقره في يد الآخر كما لو ترك حقه بعد خروج القرعة وكما لو ترك المنفرد حقه وإن ادعى كل واحد منهما أنه الملتقط فإن كان في يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه لأن اليد له وإن كان في يدهما أقرع بينهما لأن الحضانة لا تتبعض ولا تهايأ كما تقدم وإن لم يكن في يد واحد منهما سلمه الحاكم إلى من يرى منهما أو من غيرهما لأنه لم يثبت لهما حق وإن أقام أحدهما بينة حكم له وإن أقاما بينتين مختلفتي التاريخ قدم أقدمهما تاريخاً لثبوت سبقه إلى الالتقاط وإن كانتا متعارضتين بأن اتحد تاريخهما أو أطلقتا أو أطلقت بينة وأرخت بينة أخرى سقطتا في أحد القولين وهو الأظهر لعدم المرجح وصار كما لو لم يكن لهما بينة اهـ (شرح التنبيه مع التنبيه بتصرف ج٢/٥٢٠).

باب المسابقة

تجوز على العوض بين الخيل والبغال والحمير والإبل والفيلة ....

الشرح

(باب المسابقة)

الأصل في جواز المسابقة الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿قَالُوا۟ يَـٰٓأَبَانَآ إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ﴾ فذكر الله المسابقة فهو في شرع من قبلنا ولم ينكرها فدل على جوازها. وأما السنة فقوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر» وأجمعت الأمة على جواز المسابقة، إذا ثبت هذا فتجوز المسابقة على الخيل والإبل لما روي: «أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سابق بين الخيل».

وروي أنه كان للنبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ناقة تسمى العضباء لا تسبق، فجاء اعرابي على قعود له فسابقها، فسبقها فشق ذلك على المسلمين حتى عرفه، فقالوا يا رسول الله سبقت العضباء فقال صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إنه حق على الله أن لا يرتفع شيء من الدنيا» وروي من هذه القذرة إلا وضعه اهـ. والمسابقة تعتريها الأحكام الخمسة: فتكون (مندوبة) للرجال المسلمين بقصد الجهاد. (مباحة) بغير قصده وواجبة إن تعينت طريقا لقتال الكفار. (مكروهة) إذا كانت سببا في قتال قريب كافر لم يسب الله ورسوله. (محرمة) إن قصد بها محرم كقطع الطريق اهـ (الياقوت النفيس ٢٠٩).

(**تجوز**) المسابقة (**على العوض**) المعلوم كالإجارة والجعالة والعلم يحصل بالمشاهدة إن كان معينا والوصف إن كان في الذمة ولو عقد على مجهول فسد واستحق السابق أجرة المثل في الأصح اهـ (شرح التنبيه ٢/٩٤٠)

(**بين الخيل والبغال والحمير والإبل والفيلة**) لعموم قوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ

بشرط اتحاد الجنس فلا تجوز بين بعير وفرس ويشترط معرفة المركوبين وقدر العوض والمسافة ويجوز أن يكون العوض منهما أو من أحدهما أومن أجنبي فإن ....

الشرح

«لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر» وسئل عثمان رضي الله عنه هل كنتم تراهنون؟ فقال: (نعم راهن رسول الله صلى الله عليه وسلم على فرس له، فجاءت سابقة فهش لذلك وأعجبه) والرهان لا يكون إلا على عوض. (**بشرط اتحاد الجنس فلا تجوز بين بعير وفرس**) ولا بين خيل وبغل وتجوز على نوعين كالعربى والبرذون نعم يجوز بين بغل وحمار لتقاربهما ومنه يؤخذ أن الكلام في بغل أحد أبويه حمار.

(**ويشترط معرفة المركوبين**) أي تعيينهما مثلا بإشارة أو وصف سلم لأن القصد امتحان سيرهما، وتعيين الراكبين أيضا بإشارة لا وصف اهـ (التحفة ٩/٤٠١) (**وقدر العوض**) إن أخرج كل عوضا فالشرط معرفة قدر المخرج وجنسه ووصفه كسائر الأعواض ويجوز كونه عينا ودَينا وحالا ومؤجلا وبعضه كذا وبعضه كذا فإن كان معينا كفت مشاهدته وإن كان في الذمة وصف فلو عقدا على مجهول فسد العقد واستحق السابق أجرة المثل. اهـ (النجم بتصرف ٩/٥٩١)، (**والمسافة**) مبدأ وغاية بحيث يمكن وصول الفرسين اليها غالبا لأنهما لو تسابقا الى أن يسبق أحدهما من غير غاية لم يؤمن أن لا يسبق أحدهما الى أن يقطب حرصا على طلب المال اهـ (شرح التنبيه ٢/٤٩٤).

(**ويجوز أن يكون العوض منهما أو من أحدهما أو من أجنبي**) والأجنبي يشمل الإمام وغيره فلو قال الإمام من سبق منكما فله في بيت المال كذا صح ويكون ما يخرجه من سهم المصالح كما قاله البلقيني اهـ (مغني ٤/٣٩٦)، (**فإن**

كان من أحدهما أو من أجنبي جازت بلا شرط فمن سبق منهما أخذه وإن كان منهما اشترط أن يكون معهما محلل وهو ثالث على مركوب كفءٍ لمركوبيهما لا يخرج عوضا فمن سبق من الثلاثة أخذ وإن سبق اثنان اشتركا فيه ....

الشرح

كان من أحدهما أو من أجنبي جازت بلا شرط) لانتفاء صورة القمار المحرمة (فمن سبق منهما أخذه) أي العوض المخرج. (وإن كان منهما) بأن شُرط في عقد المسابقة أن مَن سبق منهما فله على الآخر كذا (اشترط أن يكون معهما محلل وهو ثالث على مركوب كفءٍ لمركوبيهما لا يخرج عوضا)[1] فإن لم يكن فرسه كفئا لهما بأن قطع بأنه مسبوق فهو كما لو لم يكن، وفي الحديث «من أدخل فرسا بين فرسين وهو آمن أن يسبق فهو قمار» رواه أبو داود وصححه ابن حبان.

(فمن سبق من الثلاثة أخذ) العوض كله فإن كان السابق المحلل أخذ العوضين سواء أجاءا بعده معا أم مرتبا لسبقه لهما، وإن كان أحدهما أخذ عوض صاحبه.

(وإن سبق اثنان اشتركا فيه) أي العوض فإن كان السابق المحلل وواحد منهما اقتسما العوض وإن كان هما فلا شيء لأحد لعدم سبقه لهما وعدم سبق أحدهما للآخر.

[تَنْبِيْهٌ]: الصور الممكنة في المحلل ثمانية: أن يسبقهما ويجيئان معا أو مرتبا أو يسبقاه ويجيئان معا او مرتبا أو يتوسط بينهما أو يكون مع أولهما أو ثانيهما أو يجيء الثلاثة معا، ولا يخفى الحكم في الجميع. اهـ (مغني ٤/٣٩٧)

التعليق

(١) لأنه يخرج العقد عن صورة القمار.

وتجوز على النشاب والأرماح والآت الحرب والعوض منهما أو من أحدهما أو من أجنبي والمحلل معهما إذا كان منهما على ما تقدم ويشترط تعيين الرماة وعدد الرشق والإصابة........................

الشرح

(وتجوز) المناضلة (**على النشاب**) وهي السهام العجمية والنبل وهي السهام العربية (**والأرماح والآت الحرب**) كالمسلات والإبر وكذا السيوف في الأصح. (**والعوض منهما او من أحدهما أو من أجنبي والمحلل معهما إذا كان**) العوض (**منهما على ما تقدم**) في المسابقة على الدواب.

(**ويشترط تعيين الرماة**) لأن المقصود معرفة حذفهم وذلك لا يحصل بغير تعيين ولا يكفي الوصف بخلاف الخيل فإن كانوا حزبين لم يجز حتى يعرف كل واحد من رأس الحزبين أصحابه قبل العقد بأن يعين هذا واحدا وهذا واحدا وهكذا إلى أن يتم العدد ولا يجوز العقد قبل تعيين الرأسين ولا أن يختار واحد جميع حزبه أولا لئلا يأخذ الحذاق ولا أن يكون للحزبين رأس واحد ويشترط استواء عددهما وإمكان تسوية السهام عليهم بلا كسر اهـ (التنبيه مع شرحه ٤٩٧/٢).

(**وعدد الرشق**) بكسر الراء هو الوجه من السهام هكذا أطلقه أبو عبيد وغيره من أئمة اللغة وقال الأزهري هو ما بين العشرين الى الثلاثين يرمي بها رجل أو رجلان يتسابقان قالوا والرشق بالفتح مصدر رشقه يرشقه رشقا أي رماه اهـ.

(و) أن يكون عدد (**الإصابة**) معلوما فإن شرطا إصابة تسعة من تسعة أو تسعة من عشرة أو عشرة من عشرة لم يجز في أصح القولين لأن ذلك مما يندر فيتعذر المقصود والثاني يجوز لأنه محتمل فأشبه ثمانية من عشرة اهـ

وصفة الرمي والمسافة ومن البادئ منهما ولا تجوز بالعوض على الطيور والأقدام والصِراع.

الشرح

(شرح التنبيه بتصرف ٢/٤٩٧).

(وصفة الرمي) من قرع وهو مجرد إصابة الغرض وخرق بأن يثقبه ويسقط أو خَسْق وهو أن يثبت فيه أو مرق وهو أن ينفذ قال في المهذب فإن أطلقا حمل على القرع لأنه المتعارف قال الزنكلوني: وقضية ذلك أنْ يكون التعيين ليس بشرط وهو ما صححه الرافعي والنووي وشيخ الإسلام وقضية كلام المصنف هنا اشتراطه والمعتمد عدم الاشتراط اهـ (شرح التنبيه مع زيادة ظاهرة ٢/٥٠٠).

(والمسافة) وهي ما بين موقف الرامي والغرض لاختلاف الغرض بها وبيانها: إمَّا بالذرعان أو المشاهدة ومحل اشتراط ذلك ما إذا لم يكن هناك عادة غالبة وإلا فينزل المطلق عليها كما هو المرجح في الروضة كأصلها ولو تناضلا على أن يكون السبق لأبعدهما رميا ولم يقصدا غرضا صح العقد على الأصح. اهـ (المغني ٤/٣٩٩).

(ومن البادئ منهما) بالرمي لاشتراط الترتيب بينهما فيه حذرا من اشتباه المصيب بالمخطئ كما لو رميا معا فإن لم يبينا فسد العقد. اهـ (مغني ٤/٤٠١)، **(ولا تجوز بالعوض على الطيور)** الحمام وغيره لأن الحاجة الى الطير في الحرب تافهة فلا تقابل بعوض.

(والأقدام) بان يقف ساعة على قدم وإنما لم تصح لأنها لا تنفع في الحرب، **(والصِراع)** قال ابن قاسم بكسر الصاد وَوَهِمَ مَنْ ضمها وفيه وجهان أصحهما منع المسابقة بعوض عليه والثاني الجواز لأنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صارع ركانة

على شاة فصرعه ثلاث مرات رواه أبو داود والترمذي وأجيب بأن الغرض منه أن يريه شدته ليسلم ولهذا لمَّا أسْلَمَ رد عليه غنمه.

فإن كان ذلك بلا عوض جاز جزما وكذا كل مالا ينفع في الحرب كالشباك والمسابقة على البقر فتجوز بلا عوض وأما الغطس في الماء فإن جرت العادة بالاستعانة به في الحرب فيجوز بلا عوض وإلا فلا يجوز مطلقا. اهـ (مغني ٤/٣٩٥).

[خَاتِمَةٌ]

فيها مسائل منثورة تتعلق بالباب

يندب أن يكون عند الغرض شاهدان يشهدان على ما وقع من إصابة وخطأ وليس لهما أن يمدحا المصيب ولا أن يذما المخطئ لأن ذلك يخل بالنشاط، وتنفسخ المناضلة بموت الرامي كالأجير المعين، وينفسخ عقد المسابقة بموت الفرس لا بموت الفارس، لأن التعويل فيها على الفرس ويتولى المسابقة الوارث عنه الخاص وإلا فالعام ولو اختلفا في مكان المحلل لزم توسطه فإن تنازع المتسابقان في اليمين واليسار أقرع بينهما ويمنع أحدهما من أذية صاحبه بالتبجح والفخر عليه، ولكل منهما حث الفرس في السباق بالسوط وتحريك اللجام ولا يجلب عليه بالصياح ليزيد عدوه، وسبق الإبل بالكتف والخيل بالعنق وقيل بالقوائم فيهما. اهـ (المغني بتصرف ٤/٣٩٩ ـ ٤٠٠).

والله أعلم

** ** **

(باب الوقف)

هو لغة: الحبس ويرادفه التسبيل والتحبيس وأوقف لغة رديئة وأحبس أفصح من حبس على ما نقل لكن حبس هي الواردة في الأخبار الصحيحة.

وشرعاً: حبس معين مملوك قابل للنقل يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود.

وهو من القرب المندوب إليها بأدلة خاصة، قال الشافعي: ولم يحبس أهل الجاهلية فيما علمته دارا ولا أرضا وإنما حبس أهل الإسلام يعني هذا التحبيس المعروف وهو إشارة منه إلى أنه حقيقة شرعية ويدل على مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فعموم قوله تعالى: ﴿لَن تَنَالُواْ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ ولذلك لما سمعها أبو طلحة رغب في وقف بيرحاء وهي أحب أمواله إليه.

ومن السنة قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له» رواه مسلم.

والصدقة الجارية محمولة عند العلماء على الوقف، وأصرح منه ما في الصحيحين أن عمر أصاب أرضا بخيبر فقال له رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها» فتصدق بها عمر على أن لا يباع أصلها ولا يورث ولا يوهب والمشهور أنه أول وقف وقف في الإسلام وقيل وقف النبي صلى الله عليه وآله وسلم قبله أموال مخيريق التي أوصى بها له في السنة الثالثة (النجم ٥/٤٥٣).

هو قربة ولا يصح إلا من مطلق التصرف في عين معينة ينتفع بها مع بقاء عينها دائماً كالعقار والحيوان على جهة معينة وغير نفسه..........

الشرح

(**هو قربة**) أي فعل لأجل التقرب إلى الله تعالى غالبا وإلا فقد لا يظهر فيه قصد القربة كالوقف على الأغنياء.

(**ولا يصح إلا من مطلق التصرف**) في ما له ويكون له أهلية التبرع بخلاف الصبي والمجنون والمبذر والمكاتب لأنه ليس أهلا للتبرع. اهـ (شرح التنبيه٢/٢٥٤).

(**في عين معينة**) فإن وقف شيئا في الذمة بأن قال وقفت فرسا أو عبداً أو يثبت له في ذمة شخص فرسٌ أو عبد فوقفه لم يصح لأنه إزالة ملك على وجه القربة فاشترط كونه معينا كما في العتق والصدقة اهـ (شرح التنبيه ٢/٥٢٦ ـ ٥٢٧)، (**ينتفع بها**) ولو مآلاً فلا يشترط النفع في الحال فيصح وقف عبد وجحش صغيرين اهـ ابن قاسم الغزي.

(**مع بقاء عينها دائماً**) أي مدة ولو قصيرة أقلها زمن يقابل بأجرة لأن الوقف إنما يراد للدوام لأنه صدقة جارية. وشرط المنفعة: أن تكون مباحة مقصودة فلا يصح وقف الآت الملاهي جزما؛ وما لا يقصد بيعه كالدراهم والدنانير للتزيين على الأصح المنصوص. اهـ (النجم الوهاج ٥/٤٥٦).

(**كالعقار**) خالصا أو مشتركا (**والحيوان**) آدميا أو غيره، (**على جهة معينة**) كالفقراء والعلماء والمساجد والمدارس (**وغير نفسه**) صفة للجهة فلا يجوز أن يوقف على نفسه لأن الوقف تمليك للمنفعة أو منع للرقبة والإنسان لا يملك نفسه وهذا ما نص عليه في القديم ولم ينص في الجديد على شيء وفي وجه أنه يجوز لأن استحقاق الشيء وَقفاً غير استحقاقه ملكا ولأن عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لما

غير محرمة إما قربة كالمساجد والأقارب وسبل الخير وأما مباحة كالأغنياء وأهل الذمة ....

الشرح

وقف بئر رومة قال: دلوي فيها كدلاء المسلمين رواه الترمذي والنسائي وهو ما ذهب إليه ابن شريح وأبو عبدالله الزبيري والجوزي ونقله صاحب البحر عن أكثر مشايخ خراسان واستحسنه واختاره وقال يجوز أن يفتى به للمصلحة واختاره من المتأخرين الزكي المنذري وحكم بصحته الحنفية والحنابلة وقال به ابن يونس وغيره من المالكية ومن السلف ابن أبي ليلى وابن شبرمه ومحمد بن عبدالله الأنصاري. اهـ (شرح التنبيه للسيوطي ٢/٥٢٧). ومن حيل صحة الوقف على نفسه أن يقف على أولاد أبيه ويذكر صفات نفسه فيصح كما قاله جمع متأخرون واعتمده ابن الرفعة وعَمِل به في حق نفسه فوقف على الأفقه من بني الرفعة وكان يتناوله اهـ (فتح المعين ٣/١٦٤).

(**غير محرمة**) وسيأتي الكلام عليها فيما بعد (**إما**) جهة (**قربة**) والقربة ما يتقرب به بشرط معرفة المتقرب إليه ولا يشترط فيها نية بخلاف الطاعة فهي امتثال الأمر والنهي ولا تتوقف على نية ولا معرفة مطاع.

(**كالمساجد**) والمدارس والرُبُط (**والأقارب وسبل الخير**) والفقراء والمساكين، (**وإما**) جهة (**مباحة كالأغنياء وأهل الذمة**) وإنما صح الوقف على أهل الذمة لأن الوقف يجري مجرى صدقة التطوع وهي جائزة عليه. اهـ (شرح التنبيه ٢/٥٢٧).

[تَنْبِيْهٌ]: ظاهر كلام المصنف أن الوقف على اهل الذمة يصح مطلقا لا فرق بين المعين وغيره وهو الظاهر من كلام بعض شراح المنهاج وحكى الدميري خلافا في غير المعين ونص عبارته أما غير المعين كأهل الذمة واليهود

والنصارى فالمذكور في الحاوي وتعليق القاضي حسين في تعليقه وشرح الكفاية للصيمري والشامل والبحر والتتمة والتحرير وغيرها أنه صحيح لأن الصدقة عليهم جائزة وقال الرافعي إنه الأشبه بكلام الأكثرين بناء على أن المرعى التمليك لا القربة ثم مال الى المنع لتضمنه الإعانة على المعصية وهو الذي أجاب به القاضي حسين في فتاويه واقتضى كلام الكافي الجزم به. اهـ (النجم ٥/٤٦٤).

ولا يصح إلا (**باللفظ**) كالعتق وسائر التمليكات (**المنجز**) فلا يجوز تعليقه فلو قال إذا جاء رأس الشهر فقد وقفت كذا على الفقراء لم يصح لأنه عقد يقتضي نقل الملك في الحال فلم يصح تعليقه على شرط كالبيع والهبة. اهـ (النجم٥/٤٨٧).

وهذا فيما لا يضاهي التحرير، فلو قال إذا جاء رمضان فقد جعلت هذا المكان مسجدا صح ولا يصير مسجدا إلا إذا جاء رمضان وفيما لم يعلقه بالموت فلو قال: وقفت كذا بعد موتي على الفقراء صح وكان وقفا له حكم الوصية فيصح الرجوع عنه ولو نجز الوقف وعَلَّق الإعطاء بالموت جاز. اهـ (الياقوت النفيس ص ١١٨).

[تَنْبِيْهٌ]: خرج باشتراط اللفظ في الوقف بناء مسجد بموات فإنه يصير مسجدا بمجرد البناء مع النية خلافا للفارقي لأن اللفظ إنما احتيج إليه لإخراج ما كان في ملكه عنه وهذا لم يدخل في ملك من أحياه مسجدا فلم يحتج للفظ وصار للبناء حكم المسجد تبعا ومن ثَم اتجه جريان ذلك في بناء مدرسة أو رباط وحفر بئر وإحياء مقبرة في الموات بقصد التسبيل. اهـ فتح الجواد [١/٦١٣].

وهو وقفت وحبست وسبلت أو تصدقت صدقة لا تُبَاعُ فحينئذ ينتقل الملك في الرقبة إلى الله تعالى ويملك الموقوف عليه غلته ومنفعته

الشرح

(**وهو وقفت وحبست وسبلت أو تصدقت صدقة لا تُبَاعُ**) أو تصدقت بكذا صدقة محرمة أو موقوفة أو صدقة لا توهب ولو قال تصدقت فقط ليس بصريح وإن نوى لتردد اللفظ بين صدقة الفرض والتطوع والوقف لأن هذا اللفظ صريح في غير الوقف فلا يكون كناية فيه. (**فحينئذ**) أي إذا وجدت الصيغة (**ينتقل الملك في الرقبة الى الله تعالى**) على الأظهر أيْ ينفك عن اختصاص الآدميين فلو شغل المسجد بأمتعة وجبت الأجرة له فتصرف لمصالحه على الأوجه فلا يكون للواقف ولا للموقوف عليه كالعتق والصدقة وبهذا قال الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى والثاني وبه قال الإمام مالك رحمه الله تعالى لا ينتقل بل هو باق على ملك الواقف لأنه حبس الأصل وسبل الثمرة وذلك لا يوجب زوال ملكه ولهذا تتبع شروطه، والثالث وبه قال الإمام أحمد ينتقل الى الموقوف عليه، والرابع وهو أضعفها: إن كان الوقف على معين.. فهو ملك الموقوف عليه بلا خلاف أو على جهة عامة فالملك فيه لله بلا خلاف واختاره الغزالي، قال الرافعي: كل هذا فيما سوى وقف التحرير أما وقف التحرير كالمسجد فالملك فيه لله بلا خلاف بمعنى انقطاع اختصاص الآدميين عنه، وألحق به ابن الرفعة الربط والمدارس. اهـ (النجم ٥/٥٠٤ ـ ٥٠٥).

(**ويملك الموقوف عليه غلته**) كثمرته (**ومنفعته**) كسكنى الدار وصوف الموقوف ولبنه والحاصل أن للموقوف عليه فوائد الموقوف جميعها كأجرة ودر وولد حادث بعد الوقف وثمر وغصن يعتاد قطعه أو شرط ولم يؤد قطعه لموت أصله فيتصرف في فوائده تصرف الملاك بنفسه وبغيره ما لم يخالف شرط الواقف لأن ذلك هو المقصود من الوقف، وأما الحمل المقارن فوقف تبعا لأمه

إلا الوطء إن كان جارية وينظر فيه من شرط الواقف إما بنفسه أو الموقوف عليه أو غيرهما ....

الشرح

أما إذا وقفت عليه عين لنفع خاص كدابة للركوب ففوائدها من در ونحوه للواقف اهـ. (**إلا الوطء إن كان**) الموقوف (**جارية**) فلا يجوز للموقوف عليه ولا للواقف بل يحدان حيث لا شبهة وكأنهم لم ينظروا للقول بملكهما لضعفه ولا مهر على الموقوف عليه إذ لو وجب وجَبَ له ولا قيمة ولدها الحادث لأنه ملْكه.

[تَنْبِيهٌ]: في تزويج الأمة الموقوفة ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يجوز بحال لأنه ينقص قيمتها وربما تتلف بالولادة.

والثاني: يجوز للموقوف عليه تزويجها بناء على أن الملك ينتقل اليه.

والثالث: وهو المعتمد يجوز للحاكم تزويجها بناء على أن الملك ينتقل الى الله تعالى ولكن يستأذن الموقوف عليه، ولا يزوجها للموقوف عليه ولا للواقف مراعاة للقولين الضعيفين وهما أنها ملك للموقوف عليه أو للواقف اهـ (شرح التنبيه مع زيادة وتصرف في اللفظ ٢/٥٣٢).

(**وينظر فيه**) أي الوقف (**من شرط الواقف**) عملا بشرطه (**إما بنفسه**) أي ينظر في مصالحه بنفسه لأن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كان يلي أمر صدقته ثم جعله لحفصة وبعدها الى ذي الرأي من أهلها، رواه أبو داود.

وقال مالك: لا يصح شرط الواقف النظر لنفسه بناء على قاعدته من اشتراط الحوز وهو إخراج الموقوف عن يده فعنده إذا لم يخرجه عن يده حتى مات بطل سواء شرط النظر لنفسه أم لا وإن شرط النظر لنفسه لم يتبع فإن أخرجه عن يده استمر صحيحا. اهـ (انظر النجم ٥/٥١٩).

(**أو**) ينظر في مصالحه (**الموقوف عليه**) إن شرط النظر له (**أو غيرهما**)

فإن لم يشرط فالحاكم وتصرف الغلة على ما شرط من المفاضلة والتقدم والجمع والترتيب ....

الشرح

أي غير الواقف والموقوف عليه. **(فإن لم يشرط)** الواقف النظر لأحد **(فالحاكم)** يكون هو الناظر على المذهب والمراد به حاكم بلد الموقوف بالنسبة لحفظه وإجارته وحاكم بلد الموقوف عليه بالنسبة لما عدا ذلك كتحصيل الغلة وقسمتها على مستحقيها وتنميته كما في مال اليتيم، وليس لحاكم بلد الموقوف فعل ما لحاكم بلد الموقوف عليه وعكسه. وإنما كان النظر للحاكم إذا لم يشرط الواقف لأنه صاحب النظر العام فكان أولى من غيره ولو واقفا أو موقوفا عليه، وقيل النظر للواقف وقيل للموقوف عليه. اهـ (إعانة الطالبين ٣/١٨٥مع زيادة من النجم ٥/٥٢٠).

(وتصرف الغلة على) حسب **(ما شرط)** الواقف **(من المفاضلة)** لبعض الأولاد على بعض كوقفت على أولادي للذكر مثل حظ الانثيين، **(والتقديم)** في أصل الاستحقاق كوقفت هذا على أولادي الأورع منهم فيقدم الأورع على غيره في الاستحقاق. **(والجمع)** كأن يقول وقفت على أولادي وأولادهم فيطلق فيدخل فيه أولاد البنين والبنات الصغار والكبار والأغنياء والفقراء والذكور والإناث، **(والترتيب)** كأن يقول وقفت على أولادي ثم أولادهم أو الأعلى فالأعلى أو الأول فالأول أو الأقرب فالأقرب وحيث وجد لفظ الترتيب فلا يصرف للبطن الثاني شيء ما بقي من البطن الأول واحد وهكذا في جميع البطون لا يصرف الى بطن وهناك بطن أقرب منه إلا إن قال على أن من مات من أولادي فنصيبه لولده فيتبع شرطه. اهـ (البيجوري ٢/٤٧)، ولو اختلفوا في أنه وقف ترتيب أو تسوية صدق من هو في يده من ناظر أو غيره وإلا حلفوا وقسم بينهم اهـ (البيجوري ٢/٤٨).

[تَنْبِيْهٌ]: يدخل أولاد البنات في ذرية ونسل وعقب وأولاد الأولاد لصدق الاسم بهم إلا إن قال على من ينسب إلي منهم فلا يدخل أولاد البنات فيمن ذكر نظرا للقيد المذكور إن كان الواقف رجلا فإن كان الواقف امرأة دخلوا فيه. اهـ (ملخصاً من إعانة الطالبين ٣/١٧).

(وغير ذلك) من الأشياء التي يشترطها الواقف كشرط اختصاص نحو مسجد كمدرسة ورباط بطائفة كشافعية وأن لا يؤجر فيعمل بشرط الواقف في جميع ما تقدم في غير حالة الضرورة كسائر شروطه التي تخالف الشرع وذلك لما في اتباع شرطه من وجوه المصلحة أما ما خالف الشرع كشرط العزوبة في سكان المدرسة مثلا فلا يصح كما أفتى به البلقيني وعلله بأنه مخالف للكتاب والسنة والإجماع أي من الحض على التزويج وذم العزوبة وخرج بغير حالة الضرورة حالة الضرورة كأن لم يوجد غير المستأجر الأول وقد شرط أن لا يؤجر لإنسان أكثر من سنة أو أن الطالب لا يقيم أكثر من سنة ولم يوجد غيره في السنة الثانية فيهمل شرطه حينئذ كما قاله ابن عبدالسلام. اهـ (فتح المعين ٣/١٦٩ ـ ١٧٠).

(وإن وقف شيئا) كعبد وثوب **(في الذمة)** فلا يصح الوقف لأن حقيقته إزالة الملك عن عين نعم يجوز التزامه فيها بالنذر كقوله لله على وقف عبد أو ثوب مثلا ثم يعينه بعد ذلك. اهـ (التحفة مع ع ب. ٦/٢٣٩).

(أو إحدى الدارين) لم يصح كما لو باعها وفيه وجه أنه يجوز ويجوز وقف علو دار دون أسفلها، **(أو مطعوما)** فلا يصح وقفه لأنه لا ينتفع به إلا باستهلاكه **(أو ريحاناً)** للأكل أما إذا أوقفه للشم وكان مزروعاً فيصح لأنه يبقى

مدة وفيه أيضا نفع آخر وهو التنزه.

(**أو وقف ولم يعين المصرف**) كأنْ قال وقفت داري وسكت لم يصح وإن قال لله عند ابن حجر والرملي لأن الوقف يقتضي تمليك المنافع فإذا لم يعين متملكا بطل كالبيع وإنما صح أو صيت بثلثي وصرف للمساكين لأن غالب الوصايا لهم فحمل الإطلاق عليهم ولأنها أوسع لصحتها بالمجهول والنجس.

وقال بامخرمة إذا لم يعين الواقف المصرف صح الوقف وصرف في وجوه القرب اهـ (ملخصا من فتح المعين ٣/١٦٧ ـ ١٦٨مع زيادة من الياقوت صـ ١١٨).

(**أو وقف على مجهول**) كرجل غير معين فلا يصح لتعذر تنفيذ الوقف في مستحقه. (**أو على نفسه**) فلا يصح في الأصح لما تقدم وقيل يصح لأن استحقاق الشيء وقفا غير استحقاقه ملكا وقد يقصد حبسه ومنع نفسه من التصرف المزيل للملك وقيل يصح الوقف وتلغو الإضافة كما لو وقف وسكت عن السبل.

وقيل إن كان على نفسه وغيره جاز وإلا بطل. ويستثنى من بطلان الوقف على النفس صور: منها: إذا وقف على الفقراء ثم صار فقيرا جاز أخذه منه على الأصح لأنه لم يقصد نفسه وصحح الغزالي والبغوي المنع لأن مطلقه ينصرف الى غيره ومنها لو كانت منافع الموقوف مباحة كالمسجد وماء البئر فوقف على الناس وصرح بنفسه معهم فإنه يصح ويدخل هو معهم. ومنها: كما تقدم أن يقف على أولاد أبيه المتصفين بصفة الفقه مثلا وليس فيهم فقيه سواه. ومنها: أن

أو على محرم كعمارة كنيسة أو علق ابتداءه وانتهاءه على شرط كقوله إذا جاء الشهر فقد وقفت أو أوقفته إلى سنة أو على أن لي بيعه أو على من لا يجوز ثم على من يجوز كعلى نفسه ثم للفقراء بطل الوقف ولو وقف على معين اشترط قبوله ....

الشرح

يرفعه الى من يراه فيحكم بصحته. ومنها في الحاوي: لو وقف وقفا على أن يحج عنه منه أو يجاهد منه عنه قال الروياني والماوردي جاز ولا يكون وقفا على نفسه لأنه لا يملك شيئا من غلته اهـ (النجم ٥/٤٦٦ ـ ٤٦٧).

(أو على محرم كعمارة كنيسة) فلا يصح بلا خلاف لأنه إعانة على معصية وسواء في ذلك الإنشاء والترميم وسواء منعوا من ذلك أم لا بأن تكون في بلاد فتحت صلحا على أن تكون رقابها لهم وكذا لو وقف على حصرها وسرجها وكتب التوراة والإنجيل لأنهم حرفوا وبدلوا، كل هذا في كنائس التعبد أما ما ينزلها المارة من اهل الذمة فنص الشافعي والجمهور على جواز أن يوصى ببنائها وحكى الماوردي وجها أنه لا يجوز إلا أن يشرك المسلمين معهم في النزول اهـ (النجم بتصرف ٥/٤٦٩ ـ ٤٧٠).

(أو علق ابتداءه وانتهاءه على شرط كقوله إذا جاء الشهر فقد وقفت) وهذا مثال لتعليق الابتداء **(أو أوقفته إلى سنة)** وهذا مثال تعليق الانتهاء بطل الوقف في أحد القولين وهو المعتمد لأن المقصود من الوقف الدوام. **(أو على أن لي بيعه)** أو وقف بشرط الخيار بطل الوقف لفساد الشرط، **(أو على من لا يجوز ثم على من يجوز كعلى نفسه ثم للفقراء بطل الوقف)** في جميع ما سبق من هذه المسائل وقد تم الكلام على شرحها بالتفصيل.

(ولو قف على معين) واحدٍ أو جماعة **(اشترط قبوله)** عند الإمام النووي

فإن رده بطل وإن وقف على زيد ولم يقل وبعده إلى كذا صح ويصرف بعد زيد لفقراء أقارب الواقف ....

الشرح

والرملي والخطيب والذي جرى عليه شيخ الإسلام في منهجه وهو ظاهر عبارة الشيخ ابن حجر في التحفة أنه لا يشترط القبول نظرا إلى أنه قربة. أما الوقف على غير معين كالجهة العامة كالفقراء ونحوهم وجهة التحرير كالوقف على المسجد والرباط فلا يشترط فيه القبول جزما اهـ (ملخصا من التحفة ٢٥١/٦ ومن شرح المنهج) اهـ.

(**فإن رده بطل**) سواء شرطنا القبول أم لا؛ نعم لو وقف على وارثه الحائز، شيئا يخرج من الثلث لزم ولم يبطل برده كما نقله الشيخان في باب الوصايا عن الإمام اهـ (المغني ٥١٩/٢). (**وإن وقف على زيد ولم يقل وبعده إلى كذا صح**) على الأظهر لأن مقصوده القربة والدوام فإذا بين مصرفه ابتداء سهلت إدامته على وجه الخير وهذا يسمى منقطع الآخر وبصحته قال مالك وأحمد وأبو يوسف وصاحب الزبد وغيرهم اهـ (النجم مع زيادة ٤٨٣/٥) والثاني أنه باطل كما لو جعله لغير مالك أو لم يجعل له سبيلا في الابتداء ورجحه الإمام الغزالي وبه قال محمد بن الحسن وصاحب أبي شجاع أحمد بن حسين الاصفهاني لأن شرط الوقف التأبيد ولم يؤبده فهو كما لو قال وقفته سنة. (النجم ٤٨٣/٥).

(**ويصرف بعد زيد لفقراء أقارب الواقف**) رحماً لا إرثا فيقدم ابن بنت على ابن عم فإن لم يوجد أحد بصفة الاستحقاق فإلى الأهم من مصالح المسلمين والفقراء والمساكين. اهـ (البيجوري ٤٦/٢).

[تَنْبِيْهٌ]: لو كان الوقف منقطع الأول كوقفته على من سيولد لي ثم

وإن وقف على عبد نفسه بطل وإن أطلق فهو لسيده.

الشرح

على الفقراء فالمذهب بطلانه لعدم إمكان الصرف لأنَّه لم يجد مستحقا وابتداء صحيحا يبنى عليه أو كان منقطع الوسط كوقفت على زيد ثم على رجل ثم على الفقراء أو وقفت هذا على أولادي ثم هذا العبد لنفسه أو هذه البهيمة ثم الفقراء فهو صحيح على الراجح ثم إذا مات الأول صرف لما بعد الثاني إن لم يعرف أمد انقطاعه كما في المثال الأول وإن عرف أمد انقطاعه صرف لأقرب رحم الى الواقف مدة وجوده ثم بعدها يصرف للثالث اهـ (البيجوري مع زيادة ٢/٤٦).

(وإن وقف على عبد نفسه) بكسر نفسه تأكيد للعبد **(بطل)** الوقف عليه لتعذر تملكه **(وإن أطلق)** الوقف عليه **(فهو)** وقف **(لسيده)** كما في الهبة والوصية واعلم أنه يصح الوقف على الارقاء الموقوفين على خدمة الكعبة ونحوها كقبره صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وبيت المقدس لأن القصد الجهة فهو كالوقف على علف الدواب في سبيل الله. اهـ (شرح المنهج ٣/٥٨٠).

[خَاتِمَةٌ]

مشتملة على بعض المسائل المهمة

[الأولى] الماء المسبل للشرب هل يجوز طبخ القهوة به أَوْ خلط عسل أو سكر أو تمر به قبل شربه ينظر فإن علم للواقف شرط في ذلك اتبع وإلا عمل بالعرف المطرد فيما مضى الى وقت الواقعة من غير نكير لأن العادة المرضية محكمة فإن لم يعلم شرط الواقف ولم تكن عادة ولا عرف لم يجز طبخ القهوة وما ذكر معه من استعمالات الماء الموقوف المغيرة له عن الاسم الذي كان عليه حال الوقف بخلاف ما يبقى الاسم معه اهـ كتاب المجموع لمهمات مسائل الفروع للعلامة الحجة طه بن عمر بن طه بن عمر الصافي السقاف (صـ ٦٩).

[الثانية] قال في عمدة المفتي والمستفتي (١/٣٢٠) مسألة: قال في التحفة: ولو انهدم مسجد وتعذرت إعادته لم يبع بحال ولا ينقض إلا إن خيف على نقضه فينقض ويعمر به مسجد آخر لا نحو بئر ورباط قال جمع: إلا إن تعذر النقل لمسجد آخر انتهى، أي فإنه يجوز أن يبنى به غير جنسه كرباط وبئر قاله شيخنا. اهـ وفي شرح المنهج بهامش الجمل (٣/٥٩٠ ـ ٥٩١) ما نصه: ولا يباع موقوف وإن خرب كشجرة جفت ومسجد انهدم وتعذرت إعادته وحصره الموقوفة البالية وجذوعه المنكسرة إدامة للوقف في عينه ولأنه يمكن الانتفاع به كصلاة واعتكاف في أرض المسجد وطبخ جص أو آجر له بحصره وجذوعه وما ذكرته فيهما بصفتهما المذكورة هو ما اقتضاه كلام الجمهور وصرح به الجرجاني والبغوي والروياني وغيرهم وبه أفتيت وصحح الشيخان تبعا للإمام أنه يجوز بيعهما لئلا يضيعا ويشتري بثمنهما مثلهما والقول به يؤدي الى موافقة القائلين بالاستبدال أما الحصر الموهوبة أو المشتراة للمسجد من غير وقف لها فتباع للحاجة وغلة وقفه عند تعذر إعادته قال الماوردي تصرف للفقراء والمساكين والمتولي لأقرب المساجد إليه والروياني هي كمنقطع الآخر والإمام تحفظ لتوقع عوده وتعبيري بما ذكر أولى مما عبر به.

[الثالثة] قال في فتح المعين (٣/١٧٧ ـ ١٧٨) فائدة: ومن سبق الى محل من مسجد لإقرأ قرآن أو حديث أو علم شرعي أو آلة له أو لتعلم ما ذكر أو كسماع درس بين يدي مدرس وفارقه ليعود اليه ولم تطل مفارقته بحيث انقطع عنه الألفة فحقه باقٍ لأن له غرضا في ملازمة ذلك الموضع ليألفه الناس وقيل يبطل حقه بقيامه وأطالوا في ترجيحه نقلاً ومعنى أو للصلاة ولو قبل دخول وقتها أو قراءة أو ذكر وفارقه بعذر كقضاء حاجة وإجابة داع فحقه باق ولو صبيا في الصف الأول في تلك الصلاة وإن لم يترك رداءه فيه فيحرم على غيره العالم الجلوس فيه بغير إذنه أو ظن رضاه نعم إن أقيمت الصلاة في غيبته واتصلت

الصفوف فالوجه سد الصف مكانه لحاجة اتمام الصفوف ذكره الأذرعي فلو كان له سجادة فيه فينحيها برجله من غير أن يرفعها بها عن الأرض لئلا تدخل في ضمانه أما جلوسه لاعتكاف فإن لم ينو مدة بطل حقه بخروجه ولو لحاجة وإلا لم يبطل حقه بخروجه أثناءها لحاجة وأفتى القفال بمنع تعليم الصبيان في المساجد اهـ برمته.

** ** **

باب الهبة

هي مندوبة وللأقارب أفضل وتندب التسوية فيها بين أولاده حتى بين الذكر والأنثى ....

الشرح

(باب الهبة)

من هب بمعنى مر لمرورها مِن يد الى أخرى أو استيقظ للإحسان والأصل في جوازها بل ندبها بسائر أنواعها الآتية قبل الإجماع الكتاب والسنة.

وورد «تهادوا تحابوا» أي بالتشديد من المحبة وقيل بالتخفيف من المحاباة وصح تهادوا فإن الهدية تذهب بالضغائن وفي رواية فإن الهدية تذهب وحر الصدر وهو بفتح المهملتين ما فيه من نحو حقد وغيظ نعم يستثنى من ذلك أرباب الولايات والعمال فإنه يحرم عليهم قبول الهدية والهبة بتفصيله الآتي في القضاء ويحرم الإهداء لمن يظن فيه صرفها في معصية. اهـ (التحفة ٦/٢٩٥ ـ ٢٩٦).

(هي مندوبة) قال في الكافية بالإجماع وفي الحديث «تهادوا تحابوا» رواه الشيخان في الأدب المفرد **(وللأقارب أفضل)** لأن فيها صلة رحم. (شرح التنبيه ٢/٥٣٦). **(وتندب التسوية فيها بين أولاده حتى بين الذكر والأنثى)** لحديث «سووا بين أولادكم في العطية ولو كنت مؤثرا أحداً لآثرت النساء على الرجال» رواه سعيد بن منصور وحديث: «اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم» رواه الشيخان.

والمعتمد أن التفضيل لغير عذر مكروه وقال ابن حبان في صحيحه إن تركه حرام ويؤيده رواية «لا تشهدني على جور» وأكثر العلماء على أنه لا يجب

وحملوا الحديث على الاستحباب لرواية «فأشهد على هذا غيري» ولأن الصديق رضي الله تعالى عنه فضل عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا على غيرها من أولاده وفضل عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ابنه عاصما بشيء وفضل عبدالله بن عمر رضي الله تعالى عنه بعض وَلَدِه على بعض اهـ (المغني بتصرف ٢/٥٤٣).

[تَنْبِيهٌ]: محل الكراهة عند الاستواء في الحاجة أو عدمها وإلا فلا كراهة وعلى ذلك يحمل تفضيل الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ويستثنى العاق والفاسق إذا علم أنه يصرفه في المعاصي فلا يكره حرمانه ويسن أيضا أن يسوي الولد إذا وهب لوالديه شيئا ويكره له ترك التسوية كما مر في الأولاد فإن فضل أحدهما فالأم أولى لخبر: «إن لها ثلثي البر» والإخوة ونحوهم لا يجري فيهم هذا الحكم، ولا شك أن التسوية بينهم مطلوبة لكن دون طلبها في الأصول والفروع روى البيهقي في الشعب عن سعيد بن العاص رضي الله تعالى عنهما أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: حق كبير الإخوة على صغيرهم كحق الوالد على ولده وفي رواية الأكبر من الاخوة بمنزلة الأب. اهـ (المغني ٢/٥٤٤).

(**وإنما تصح من مطلق التصرف**) في ماله غير محجور عليه فلا تصح من صبي ولا مجنون ولا سفيه ولا مكاتب لأنه وإن جاز تصرفه في ماله محجور عليه لحق السيد. (شرح التنبيه٢/٥٣٧). (**فيما يجوز بيعه**) فما لا يجوز بيعه كمجهول لا يجوز هبته إلا حبتي حنطة ونحوها من المحقرات كشعير فلا يجوز بيعهما وتجوز هبتهما، (**بإيجاب**) كوهبتك هذا وملكتكه ومنحتكه (**منجز**) أي غير معلق فلا تصح مع تعليق كإذا جاء رأس الشهر فقد وهبتك أو أبرأتك ولا مع تأقيت بغير عُمرى ورقبى فإن أقت الواهب الهبة بعمر المتهب كوهبت لك هذا عمرك أو ما عشت صحت وإن لم يقل فإذا مت فهي لورثتك وكذا إن شرط

الشرح

عودها الى الواهب أو وارثه بعد موت المتهب فلا تعود اليه ولا إلى وارثه للخبر الصحيح وتصح ويلغو الشرط المذكور فإذا أقت بعمر الواهب أو الأجنبي كأعمرتك هذا عمري أو عمر فلان لم تصح. اهـ (فتح المعين ٣/١٤٥ ـ ١٤٦)

(وقبول) ومن صرائحه قبلت ورضيت.

[تَنْبِيْهٌ]: يستثنى من اشتراط الإيجاب والقبول مسائل منها: الهبة الضمنية كأن يقول لغيره: اعتق عبدك عني، ففعل فيدخل في ملكه هبة ويعتق عليه ولا يحتاج إلى قبول.

ومنها ما لو وهبت المرأة نوبتها من ضرتها لم يحتج لقبولها على الصحيح، ومنها ما يخلعه السلطان على الأمراء والقضاة وغيرهم لا يشترط القبول كما بحثه بعض المتأخرين لجريان العادة بذلك.

ومنها ما لو اشترى حلياً لولده الصغير وزينه به فإنه يكون تمليكاً له بخلاف ما لو اشتراه لزوجته فإنه لا يصير ملكاً لها كما قاله القفال والفرق بينهما أن له ولاية على الصغير بخلاف الزوجة كذا ذكره السبكي وتبعه ابن الملقن ويرد هذا قول الشيخين وغيرهما فإن وهب للصغير ونحوه ولي غير الأب والجد قبل له الحاكم وإن كان أباً أو جداً تولى الطرفين فلا بد من الإيجاب والقبول ومنها ما لو قال «اشتر لي بدرهمك لحماً» فاشتراه وصححناه للسائل فإن الدراهم تكون هبة لا قرضاً. (اهـ من المغني بتصرف ج٢ صـ ٥٣٨ ـ ٥٣٩)

(ولا تملك) الهبة بأنواعها الثلاثة **(إلا بالقبض)** كالقرض بجامع أن كلا منهما عقدُ إرفاق مع ثبوت ذلك عن أبي بكر وطائفة من الصحابة من غير مخالف لهم. اهـ شرح التنبيه [٥٣٨/٢]. **(فَلَهُ)** أي الواهب **(الرجوع قبله)** أي القبض.

ولا يصح القبض إلا بإذن الواهب فلو وهبه شيئا عنده أو رهنه إياه فلابد من الإذن في قبضه ومضى زمن يتأتى فيه قبضه والمضي إليه فإذا ملك لم يكن للواهب الرجوع إلا أن يهب لولده أو ولد ولده وإن سفل فله الرجوع فيه بعد قبضه ....

الشرح

(**ولا يصح القبض إلا بإذن الواهب**) أو إذن وكيله فيه ولا يكفي هنا الوضع بين يدي المتهب بلا إذن فيه لأن قبضه غير مستحق له فاعتبر تحققه بخلافه في المبيع فلو مات الموهوب له أو الواهب قبل قبض الهبة لم تنفسخ الهبة ويقوم وارثه مقامه في القبض والإقباض. اهـ (فتح المعين بتصرف ٣/١٤٨).

(**فلو وهبه شيئا عنده**) أي عند الموهوب له (**أو رهنه إياه فلابد من الإذن في قبضه**) كما لو لم يكن في يده فلو قبضه بغير إذنه لم يملكه ويضمنه سواء قبضه في مجلس الهبة أو بعده، سواء كان في يد الواهب أم لا على الأصح غير أنه لا يشترط الفور في القبض بل يجوز على التراخي اهـ (النجم ٢/٥٥٢).

(**ومضى زمن يتأتى فيه قبضه والمضي اليه**) إذ به يحصل الاستيفاء حكما القائم مقام الاستيفاء حقيقة، وقيل في الرهن لا يصح إلا بإذن وفي الهبة يصح من غير إذن والفرق قوة الهبة لأنها تزيل الملك والرهن لا يزيله وافتقر الى إذن لضعفه. اهـ (شرح التنبيه ٢/٥٣٨).

(**فإذا ملك**) الموهوب له الهبة (**لم يكن للواهب الرجوع**) لخبر «لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده» رواه الترمذي والحاكم وصححاه. (**إلا أن يهب**) الأصل (**لولده أو ولد ولده وإن سفل فله الرجوع فيه بعد قبضه**) وإنما جوز للأصول الرجوع لانتفاء التهمة عنهم

بزيادته المتصلة كالسمن لا المنفصلة كالولد فلو حجر على الولد بفلس أو باع الموهوب ثم عاد إليه فلا رجوع فإن وهب وشرط ثوابا معلوما ....

الشرح

فلا يرجعون إلا لحاجة أو مصلحة لوفور شفقتهم بخلاف الأجانب ومذهب الحنفية عكس مذهبنا معللين بأن الرجوع في الوالد يورث الشحناء والبغضاء فيترتب على ذلك العقوق بخلاف الأجانب ومحل الرجوع فيما إذا كان الولد حرا فإن كان رقيقا فلا رجوع لأن الهبة له هبة لسيده وهو أجنبي ومحله أيضا في هبة الأعيان أما في هبة الديون كأن وهب لولده دينا له عليه فلا رجوع له فيه سواء قلنا إنه تمليك أو إسقاط إذ لا بقاء للدين فأشبه ما لو وهبه شيئا فتلف. اهـ (البيجوري ٢/٥١ ـ ٥٢).

(**بزيادته المتصلة كالسمن**) وتعلم الحرفة وحرث الأرض وتسويتها كما في الرد بالعيب قال الدميري (٥/٥٦١)، وعن القديم وجه أن الزيادة المتصلة تمنع الرجوع في الهبة كما في الصداق، (**لا المنفصلة كالولد**) والحمل الحادث على ملك فرعه والأجرة.

(**فلو حجر على الولد بفلس**) قال الدميري رحمه الله تعالى (٥/٥٦٠) ففي الرجوع وجهان أصحهما لا رجوع كالمرهون والثاني له الرجوع واختاره الشيخ أيضا، (**أو باع الموهوب**) ولو لأبيه الواهب أو وقفه أو أعتقه أو نحو ذلك مما يزيل السلطنة.

(**ثم عاد**) أي رجع الموهوب (**إليه فلا رجوع**) لأن الزائل العائد كالذي لم يعد هنا ولبعضهم كما اشتهر:

وعائد كزائل لم يعد ... في فلس مع هبة للولد
في البيع والقرض وفي الصداق ... بعكس ذاك الحكم باتفاق

(**فإن وهب**) شخص لآخر شيئا (**وشرط ثوابا**) أي عوضا (**معلوما**) جنسه

صح وكان بيعا أو مجهولا بطل وإن لم يشرطه لم يلزم.

الشرح

وقدره (**صح**) عقد الهبة (**وكان بيعا**) نظرا للمعنى فيجري فيه أحكامه كالخيار والشفعة وعدم توقف الملك على القبض بل تملك بالعقد. (التحفة بتصرف ٣١٥/٦) (**أو**) شرط عوضا (**مجهولا**) كثوب (**بطل**) العقد على المذهب لتعذر صحته بيعا لجهالة العوض، ولتعذر صحته هبة لذكر الثواب بناء على أنها لا تقتضيه، وقيل يصح هبة بناء على أنها تقتضيه. (المغني ٥٤٨/٢)

(**وإن لم يشرطه**) أي العوض (**لم يلزم**) الموهوب له شيء إن وهب لدونه في المرتبة كالملك لرعيته والأستاذ لغلامه إذ لا تقتضيه لفظا ولا عادة. وكذا إن وهب الدون لأعلى منه كهبة الغلام لأستاذه فلا ثواب في الأظهر كما لو أعاره دارا لا يلزمه شيء إلحاقاً للأعيان بالمنافع وكذا إن وهب لنظيره فلا ثواب أيضا على المذهب المقطوع به لأن القصد من مثله الصلة وتأكد الصداقة.

[خَاتِمَةٌ]

لو نذر لولي ميت بمال فإن قصد أنه يملكه لغا وإن أطلق فإن كان على قبره ما يحتاج للصرف في مصالحه صرف له وإلا فإن كان عنده قوم اعتيد قصدهم بالنذر للولي صرف لهم. ولو أهدى لمن خلصه من ظالم لئلا ينقض ما فعله لم يحل له قبوله وإلا حل أي وإن تعين عليه تخليصه. ولو قال خذ هذا واشتر لك به كذا تعين ما لم يرد التبسط أي أو تدل قرينة حاله عليه. ولو بعث هدية الى شخص فمات المهدى اليه قبل وصولها بقيت على ملك المهدي فإن مات المهدي لم يكن للرسول حملها الى المهدى اليه. اهـ (فتح المعين بتصرف ١٥٥/٣ ـ ١٥٦).

باب العتق

هو قربة..

الشرح

(باب العتق)

العتق: لغة الاستقلال، وشرعا: إزالة الرق عن آدمي لا إلى مالك تقربا الى الله تعالى، والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ وفي غير موضع: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ وخبر الصحيحين عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «أيما رجل أعتق امرأ مسلما، استنقذ الله بكل عضو منه عضوا منه من النار حتى الفرج بالفرج». وصح خبر «أيما امرئ مسلم أعتق لله امرأ مسلما كان فكاً له من النار وأيما امرئ مسلم أعتق امرأتين مسلمتين كانتا فكاً له من النار» وبه يعلم أن عتق الذكر أفضل وفي رواية من أعتق رقبة مؤمنة كانت فداء له من النار وخصت الرقبة بالذكر، لأن ملك السيد للرقيق كالغل في رقبته، فهو محتبس به كما تحتبس الدابة بحبل في عنقها، فإذا أعتق أطلق من ذلك. اهـ من النجم والتحفة بتصرف.

(هو قربة) بالإجماع في العتق المنجز أما المعلق ففي الصداق من الرافعي أن التعليق ليس عقد قربة وإنما يقصد به حث أو منع أي أو تحقيق خبر. اهـ (المغني ٤/٦٢٢)

[فائدة] أعتق النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثلاثا وستين نسمة، وعاش ثلاثا وستين سنة ونحر بيده في حجة الوداع ثلاثا وستين بدنة، وأعتقت عائشة تسعا وتسين وعاشت كذلك وأعتق أبوبكر كثيرا، وأعتق العباس سبعين، وأعتق عثمان وهو محاصر عشرين وأعتق حكيم بن حزام مائة مطوقين بالفضة، وأعتق عبدالله بن عمر ألفا واعتمر ألف عمرة وحج ستين حجة، وحبس ألف فرس في سبيل الله،

ولا يصح إلا من مطلق التصرف ويصح بالصريح بلا نية وبالكناية مع النية فصريحه العتق والحرية وفككت رقبتك والكناية لا ملك لي عليك ولا سلطان لي عليك وأنت لله وحبلك على غاربك وشبه ذلك ....

الشرح

وأعق ذو الكراع الحميري في يوم ثمانية آلاف وأعتق عبدالرحمن بن عوف ثلاثين ألفا، وروى الحاكم عن سلمة أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «اللهم اسق عبدالرحمن بن عوف من سلسبيل الجنة» رضي الله عنهم وحشرنا معهم آمين. اهـ (المغني ٤/٦٢٢).

(**ولا يصح إلا من**) حر كامل الحرية مختار (**مطلق التصرف**) ولو كافرا حربيا كسائر التصرف المالي فلا يصح من مكاتب ومبعض ومكره ومحجور عليه ولو بفلس نعم تصح وصية السفيه به الخ. اهـ (التحفة ١٠/٣٥٢) (**ويصح بالصريح بلا نية**) كما هو معلوم لأنه لم يفهم منه غيره عند الاطلاق. اهـ (النجم ١٠/٤٦٦)، (**وبالكناية مع النية**) لأنها تحتمل العتق وغيره فافتقرت الى النية كغيرها من الكنايات وتكون محلها كما سياتي في الطلاق. اهـ (النجم بتصرف ١٠/٤٦٦ ـ ٤٦٧) (**فصريحه العتق والحرية**) لأنه ثبت لهما عرف الشرع والاستعمال كقوله أنت عتيق أو حر أو أعتقتك أو حررتك. اهـ (شرح التنبيه ٢/٥٥٦ ـ ٥٥٧).

(**وفككت رقبتك**) فيه وجهان أحدهما وهو الأصح أنه صريح لوروده في القرآن قال تعالى: ﴿فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ والثاني أنه كناية لأنه يستعمل في العتق وغيره. اهـ (شرح التنبيه ٢/٥٥٧) (**والكناية**) كقوله (**لا ملك لي عليك ولا سلطان لي عليك**) ولا سبيل لي عليك لا شعارها بإزالة الملك مع احتمال غيره (**وأنت لله**) وأنت طالق وأنت حرام. (**وحبلك على غاربك وشبه ذلك**) كقوله له لا خدمة لي عليك ولا أمر لي عليك أنت سائبة أنت مولاي.

ويجوز تعليقه على شرط مثل إذا جاء زيد فأنت حر فإذا علق بصفة لم يملك الرجوع فيه بالقول ويجوز الرجوع بالتصرف كالبيع ونحوه فإن اشتراه بعد ذلك لم تعد الصفة ويجوز في العبد وفي بعضه ....

الشرح

[فروع] المختار في الروضة أنه إذا قال لعبده يا ولدي، أو لأمته أو زوجته يا بنتي ولم ينو العتق والطلاق لم يعتق ولم يقع طلاق لأنه يستعمل في العادة للملاطفة وحسن المعاشرة.

وفي المهمات للشيخ ولي الدين: لو قيل له أمتك قحبة فقال: بل هي حرة لم تعتق لأنها قرينة ظاهرة على إرادة العفة. ولو زاحمته أمة في الطريق فقال لها تأخري يا حرة، ولم يعرفها فبانت أمته لم تعتق ذكره الإمام الغزالي وأقره الشيخان. ولو قال لأمته: يا حرة في معرض التوبيخ لم تعتق وإن لم يكن اسمها حرة حكاه في الكفاية عن القاضي حسين. اهـ (شرح التنبيه بتصرف ٢/٥٥٧ - ٥٥٨).

(**ويجوز تعليقه على شرط مثل إذا جاء زيد فأنت حر**) ومثله إذا دخلت الدار فأنت حر أو إذا هبت الريح أو جاء المطر أو دخل شهر رمضان فأنت حر.

(**فإذا علق بصفة لم يملك الرجوع فيه بالقول**) كفسخته أو نقضته أو رجعت فيه كما في اليمين والنذر وسائر التعليقات. (**ويجوز الرجوع**) فيه (**بالتصرف كالبيع ونحوه**) كالتدبير والهبة والهدية مع القبض والتمليك، (**فإن اشتراه بعد ذلك لم تعد الصفة**) لأن الملك الذي وجد فيه التعليق قد زال بآثاره وبزواله بطلت الصفة والملك المتجدد غير مبني على الأول والعتق علق قبله فلم يقع كما لو علق عتقه على ملكه. اهـ (شرح التنبيه ٢/٥٥٨) (**ويجوز**) العتق (**في العبد**) كله (**وفي بعضه**) كالنصف والربع والثلث.

فإن أعتق بعض عبده عتق كله فإن كان عبد بين اثنين فعتق أحدهما نصيبه عتق ثم إن كان موسرا عتق عليه نصيب شريكه في الحال ولزمه قيمته حينئذ ....

الشرح

(**فإن أعتق**) جائز التصرف (**بعض عبده**) أي جزأ معينا كيد أو شائعا كربع كأن قال أعتقت يدك أو ربعك (**عتق كله**) موسرا كان السيد أو معسرا معينا كان البعض أو لا لحديث أبي داود والنسائي عن والد أبي المفتح أن رجلا أعتق شقصا من غلام فذكر ذلك لرسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فأجاز عتقه وقال: «ليس لله شريك».

(**فإن كان عبد**) مشترك (**بين اثنين فعتق أحدهما نصيبه عتق**) بالإجماع.

(**ثم إن كان موسرا**) وقت الإعتاق (**عتق عليه نصيب شريكه في الحال**) بطريق السراية.

(**ولزمه قيمته حينئذ**) أي حين إذ كان المعتق مؤسرا روى الشيخان عن ابن عمر أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «من أعتق شركا له في عبد وكان ماله يبلغ ثمن العبد قوم العبد عليه قيمة عدل وأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق» زاد الدارقطني: ورق منه ما بقى وليس المقصود من المؤسر أن يعد من الأغنياء بل أن يكون له من المال ما يفي بقيمة نصيب شريكه فاضلا عن قوته وقوت من تلزمه نفقته في يومه وليلته ودست ثوب يليق به، وسكنى يوم، ويصرف الى ذلك كل ما يباع في الديون، وسواء كان عليه دين مستغرق أم لا، فاعتبرت القيمة بوقت الاعتاق لأنه وقت الاتلاف وفي حصة الشريك لا الكل لأن العتق ينقص القيمة فلو كان العبد يساوي ثلاثمائة ونصفه يساوي مائة لم تلزمه إلا مائة، وللشريك مطالبته بدفع القيمة واجباره

وإن كان معسرا عتق نصيبه فقط ومن ملك أحد الوالدين وإن علوا أو المولدين وإن سفلوا عتق عليه ....

الشرح

عليها، فإن لم يطالبه طالبه العبد وإن لم يطالبه طالبه القاضي لما في العتق من حق الله، وإن مات أخذت من تركته. اهـ (شرح التنبيه ٢/٥٥٩).

واعلم أن شروط السراية أربعة:

الأول: أن يتسبب في اعتاقه باختياره ولو بنائبه كشرائه جزء أصله أو فرعه فإنه يسري بخلاف ما لو ورث جزء أصله أو فرعه فإنه يعتق عليه ذلك الجزء ولا يسري الى الباقي.

الثاني: أن يكون مؤسرا وقت الاعتاق بقيمة الباقي أو بعضه.

الثالث: أن يكون المحل قابلا للنقل من شخص الى آخر فلا سراية في نصيب حكم بالاستيلاد فيه بان استولد الأمة أحد الشريكين وهو معسر فيحكم بالاستيلاد في نصيبه فقط فإذا أعتق الأخر نصيبه عتق ولا يسري الى نصيب الشريك المستولد في الأصح لأن السراية تتضمن النقل وهو غير ممكن.

الرابع: أن يعتق نصيبه. اهـ (البيجوري ٢/٣٧٤).

(وإن كان معسرا) وقت الاعتاق **(عتق نصيبه فقط)** ولا يسري الى الباقي بل هو ملك للشريك والاعتبار باليسار والاعسار وقت العتق فلو أعتق وهو معسر ثم أيسر فلا سراية ولا تقويم كما قاله في الروضة.

(ومن ملك أحد الوالدين وإن علوا أو المولدين وإن سفلوا عتق عليه) قال ابن المنذر أجمعوا على ذلك وكأنه لم يعبأ بخلاف داود واستدل لعتق الأصول بقوله تعالى: ﴿وَٱخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ﴾ ولا يتأتى خفض الجناح مع الاسترقاق وفي صحيح مسلم عن عمران بن حصين أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لن يجزي

وإن ملك بعضه فإن كان برضاه وهو مؤسر قوِّم عليه الباقي وعتق وإلا فلا ولو أعتق الحامل عتقت هي وحملها أو أعتق الحمل ....

الشرح

ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه» وظن داود ان الرواية بنصب (فيعتقه) عطفا على (فيشتريه) فيكون الولد هو المعتق فقال لابد من إنشاء عتق ولا يعتق بمجرد الملك شيء.

والمشهور في الرواية الرفع: والضمير عائد على المصدر المحذوف الذي دل عليه الفعل، تقديره فيعتقه الشراء وعلى النصب ينعكس المعنى، والصواب الرفع، وتؤيده رواية (عتق عليه) وفي اخرى (فهو حر). وأما عتق الفرع: فلقوله تعالى: ﴿وَقَالُواْ ٱتَّخَذَ ٱلرَّحْمَٰنُ وَلَدًاۗ سُبْحَٰنَهُۥۚ بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَمَا يَنۢبَغِي لِلرَّحْمَٰنِ أَن يَتَّخِذَ وَلَدًا ﴿٩٢﴾ إِن كُلُّ مَن فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ إِلَّآ ءَاتِي ٱلرَّحْمَٰنِ عَبْدًا﴾ فدل على أنه لا تجتمع بنوة وملك. ولا فرق بين أن يدخل في ملكه قهرا أو اختيارا بعوض أو بلا عوض، وسواء اتحد الوالد والولد في الدين أو اختلفا. وخرج غير الأصول والفروع كالإخوة والأعمام وسائر الأقارب فإنهم لا يعتقون بالملك، وعند أبي حنيفة وأحمد: يعتق كل ذي رحم محرم لقوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «من ملك ذا رحم محرم فقد عتق عليه» اهـ (النجم بتصرف ١٠/٤٨٤ ـ ٤٨٥).

(وإن ملك بعضه) أي بعض من ذكر من الوالدين أو المولودين **(فإن كان)** ملكه **(برضاه)** بأن اشتراه أو أتهبه أو قبل وصيته **(وهو مؤسر قوِّم عليه الباقي وعتق)** بالسراية **(وإلا)** إذا كان بغير رضاه **(فلا)** يقوم الباقي عليه. **(ولو أعتق الحامل)** المملوكة له هي وحملها **(عتقت هي وحملها)** وإن قال أعتقتك دون حملك لأنه جزء منها وعتقه بطريق التبعية لا السراية وإنما لم يضر استثناؤه لقوة العتق بخلاف البيع. اهـ (التحفة بتصرف ١٠/٣٥٩) **(أو أعتق الحمل)** فقط بأن

عتق دونها ولو قال أعتقتك على ألف أو بعتك نفسك بألف وقَبِلَ عَتَق ولزمه الألف.

الشرح

نفخت فيه الروح وإلا لغا على المعتمد. اهـ (التحفة ١٠/٣٥٩)، **(عتق دونها)** حكى ابن المنذر فيه الإجماع وقيل: تعتق بعتقه كعكسه ورد بان العتق إنما وقع بعتق الأم تبعا لها ولا يقع العتق عليها بعتقه لأن الأصل لا يتبع الفرع الخ. اهـ (المغني ٤/٦٢٧).

[تَنْبِيهٌ]: لو كانت الأمة الحامل لرجل والحمل لآخر كأن أوصى له به لم يعتق أحدهما بعتق الآخر وإن كان المعتق موسرا، لأنه لا استتباع مع اختلاف المالكين. اهـ (المنهاج مع المغني ٤/٦٢٧).

(ولو قال أعتقتك على ألف) أو أنت حر على ألف فقبل في الحال أو قال له العبد أعتقني على ألف فأجابه عتق في الحال ولزمه الألف في الصور الثلاث كالخلع بل أولى لتشوف الشرع الى تخليص الرقبة دون الفراق فعلى هذا هو من جانب المالك معاوضة فيها شائبة تعليق ومن جانب المستدعي معاوضة نازعة الى الجعالة ولا يقدح كونه تمليكا، إذ يفتقر في الضمني مالا يغتفر في المقصود. اهـ (النجم ١٠/٤٦٩ ـ ٤٧٠)

(أو) قال **(بعتك نفسك بألف)** في ذمتك حالا أو مؤجلا تؤديه بعد العتق. اهـ (التحفة ١٠/٣٥٨) **(وَقَبِلَ عَتَقَ ولزمه الألف)** كالكتابة بل أولى لأن البيع أثبت والعتق فيه أسرع، وخرج بقوله بألف قوله بهذا الألف فلا يصح لأنه لا يملكه. اهـ (التحفة ١٠/٣٥٨). والله أعلم.

** ** **

التدبير قربة وهو أن يقول إذا مت فأنت حر أو دبرتك أو أنت مدبر ويعتبر من الثلث ....

الشرح

(باب التدبير)

هو لغة: النظر في عواقب الأمور، وشرعا: تعليق عتق بالموت وحده أو مع شيء قبله، وأصله قبل الإجماع تقريره صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لمن دبر غلاما لا يملك غيره عليه وأركانه مالك وشرطه تكليف إلا في السكران واختيار ومحل وشرطه كونه قنا غير أم ولد كما يعلمان من كلامه وصيغة وشرطها الإشعار به لفظا كانت أو كتابة أو إشارة وهي صريح أو كناية. اهـ (تحفة بتصرف ١٠/٣٧٩). **(التدبير قربة)** فعلها المهاجرون والأنصار وأجمع المسلمون على جوازه. اهـ شرح التنبيه مع زيادة، **(وهو أن يقول)** السيد لعبده **(إذا مت فأنت حر)** أو أنت حر بعد موتي أو متى مت فأنت حر أو عتيق أو إن مت من مرضي هذا أو في هذا البلد فأنت حر ونحو ذلك من كل مالا يحتمل غيره.

(أو دبرتك أو أنت مدبر) على المذهب لأن التدبير معروف في الجاهلية وقرره الشرع واشتهر في معناه فلا يستعمل في غيره وبه فارق ما يأتي في كاتبتك أنه لابد أن يضم له فإذا أديت فأنت حر أو نحوه. اهـ (تحفة ١٠/٣٧٩).

(ويعتبر) التدبير **(من الثلث)** أي من ثلث ماله إن خرج كله من الثلث وإن وقع التدبير في الصحة وإن لم يخرج كله من الثلث بل خرج بعضه عتق منه بقدر ما خرج من الثلث كالنصف فلو لم يكن له مال غيره عتق ثلثه فقط ومحل عتق كله أو بعضه إن لم يكن عليه دين مستغرق للتركة وإلا فلا يعتق منه شيء والحيلة في عتق الجميع وإن لم يخرج من الثلث بل وإن لم يكن هناك مال سواه

ويصح من مطلق التصرف وكذا من مبذر لا صبي ويجوز تعليقه على صفة مثل إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتي فيشترط الدخول قبل الموت وإن دبر بعض عبده أو كل ما يملكه من العبد المشترك لم يسر الى الباقي ويجوز الرجوع فيه بالتصرف..............................

الشرح

أن يقول في حال صحته إن مرضت فهذا الرقيق حر قبل مرض موتي بيوم وإن مت فجأة فهو حر قبل موتي بيوم فإذا مات بعد التعليقين بأكثر من يوم عتق من رأس المال ولا سبيل لأحد عليه لكن هذا ليس من التدبير كما هو ظاهر. اهـ (البيجوري٢/٣٨٠). وإنما اعتبر التدبير من الثلث لأنه تبرع علق بالموت كالوصية.

(**ويصح من مطلق التصرف**) في ماله بالإجماع (**وكذا من مبذر**) سفيه أو مفلس وإن حجر عليهما إذ لا ضرر فيه مع صحة عبارتهما. اهـ (تحفة بتصرف ٣٨٤/١٠) (**لا صبي**) لا يميز وكذا مميز في الأظهر لأن عبارته لغو لرفع القلم عنه. اهـ (التحفة بتصرف ٣٨٤/١٠). (**ويجوز تعليقه على صفة**) لأنه دائر بين كونه عتقا أو وصية وتعليقهما جائز، (**مثل إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتي فيشترط**) وجود الصفة وهي (**الدخول قبل الموت**) كسائر الصفات المعلق عليها فإن مات السيد قبل الدخول فلا تدبير. (**وإن دبر بعض عبده أو كل ما يملكه من العبد المشترك**) بأن كان يملك نصفه فدبره ثم مات فيعتق ما دبره فقط، (**لم يسر الى الباقي**) منه لأن السراية على الميت ممتنعة ولا يصح تدبير نحو يده كما اقتضاه كلام الرافعي واعتمده الزركشي وغيره ويفرق بينه وبين العتق بانه أقوى فأثر التعبير فيه بالبعض عن الجملة بخلاف التدبير اهـ.

(**ويجوز الرجوع فيه بالتصرف**) بالبيع وغيره لأنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ باع المدبر

لا بالقول ولو أتت المدبرة بولد لم يتبعها في التدبير.

الشرح

رواه الشيخان. **(لا بالقول)** كفسخت التدبير أو نقضته أو أبطلته أو رجعت فيه فلا يجوز بناء على أن التدبير تعليق عتق بصفة أما على القول بأنه وصية فيجوز الرجوع بالقول. اهـ (شرح التنبيه بتصرف ٢/٥٦٣).

[تَنْبِيْهٌ]: لو دبر جارية ثم أحبلها بطل التدبير لأن العتق بالسببين يقع في زمن واحد والاستيلاد أقوى لأنه لا يمكن الغاؤه فقدم. اهـ (شرح التنبيه ٢/٥٦٣)

(ولو أتت المدبرة بولد) من نكاح أو زنا **(لم يتبعها في التدبير)** في أصح القولين كولد المعلق عتقها بصفة ويتبعها في الآخر كولد أم الولد هذا إذا حصل العلوق بعد التدبير فإن كان موجودا عنده تبعها جزما. اهـ (شرح التنبيه ٢/٥٦٤).

** ** **

فصل الكتابة

الكتابة قربة تعتبر في الصحة من رأس المال وفي مرض الموت من الثلث ولا تصح إلا من جائز التصرف مع عبد بالغ عاقل ....

الشرح

(فصل في الكتابة)

والأشهر في كافها الكسر: وهي لغة الضم والجمع وشرعا عقد عتق بلفظه بعوض منجم بنجمين فأكثر، ولفظها إسلامي لا يعرف في الجاهلية وهي معدول عن القياس لأنها بيع ماله بماله، سميت كتابة للعرف الجاري بكتابة ذلك في كتاب توثقة، وقيل أول من كوتب عبد لعمر يقال له أبو أمية اهـ (النجم ج ١٠ ص ٥٣١ بتصرف).

(الكتابة قربة) لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ ٱلۡكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَكَاتِبُوهُمۡ إِنۡ عَلِمۡتُمۡ فِيهِمۡ خَيۡرٗا﴾، وروى الحاكم وغيره: أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «من أعان مكاتبا في فك رقبته أظله الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله» وانعقد الإجماع على جوازها. (تعتبر في) حال (**الصحة من رأس المال وفي مرض الموت من الثلث**) سواء كاتبه بمثل قيمته أو بما فوقها أو بما دونها لأن كسبه له فإن كان له مثلاه عند الموت صحت كتابة كله لخروجه من الثلث فإن لم يملك غيره وأدى في حياته مئتين وقيمته مئة عتق لأنه يبقى للورثة مثلاه وإن أدى مائة وكان كاتبه عليها عتق ثلثاه لأنه إذا أخذ مئة وقيمته مائة فالجملة مئتان فينفذ التبرع في ثلث المئتين. اهـ (النجم ١٠/٥٣٤ ـ ٥٣٥). (**ولا تصح إلا من جائز التصرف**) في ماله كسائر التبرعات ولا تجوز الكتابة إلا (**مع عبد بالغ عاقل**) مختار لم يتعلق به حق لازم فلا تصح كتابة العبد الصغير والمجنون والمكره ومن تعلق به حق لازم كالعبد المرهون أو المؤجر لأن المرهون معرض

على عوض في الذمة معلوم الصفة في نجمين فأكثر يعلم ما يؤدي في كل نجم بإيجاب منجز وهو كاتبتك على كذا تؤديه في نجمين كل نجم كذا ....

الشرح

للبيع والكتابة تمنع منه والمؤجر مستحق المنفعة فلا يتفرغ لاكتساب ما يوفي به النجوم. **(على عوض في الذمة)** إذ لا قدرة للعبد على الأعيان لأنه لا يملكها حتى يورد العقد عليها. ولابد أن يكون العوض مؤجلا فلا تصح بالحال ولو كان المكاتب مبعضا يقدر عليه في الحال لأن الكتابة عقد خالف القياس في وضعه لخروجها عن قواعد المعاملات لدورانها بين السيد ورقيقه ولأنها بيع ماله بماله والمنقول عن الصحابة فمن بعدهم قولا وفعلا إنما هو التأجيل فاقتصر فيها على المأثور عن السلف إذ لو جاز عقدها على حال لم يتفقوا على تركه مع اختلاف الأغراض خصوصا وفيه تعجيل العتق وعلم من قولنا ولو كان المكاتب مبعضا أن كتابة المبعض صحيحة فيما رق منه سواء قال كاتبت مارق منك أم كاتبتك الخ. اهـ البيجوري (٢/٣٨٤).

(معلوم الصفة) كالمسلم فيه **(في نجمين)** أي وقتين معلومين لأنه المأثور عن الصحابة قولا وعملا فلا يجوز على نجم واحد، اهـ (من شرح التنبيه ٢/٥٢٥ مع زيادة)، **(فأكثر)** أي فأكثر من نجمين كثلاثة كأن يقول كاتبتك على ثلاثة دنانير تأتي بها في ثلاثة أشهر **(يعلم)** مقدار **(ما يؤدي في كل نجم)** صونا للعقد عن غرر الجهالة. **(بإيجاب منجز)** لا معلق فلا يجوز تعليق عقدها كقوله إذا جاء رأس الشهر فقد كاتبتك ولا يجوز عقدها كذلك بشرط الخيار لأن الخيار شرع لدفع الغبن والسيد عالم بأنه مغبون من جهة المال والمكاتب مخير بين الدفع وعدمه فلا معنى للخيار في حقه. شرح التنبيه (٢/٥٦٥).

(وهو) أي الإيجاب المنجز **(كاتبتك على كذا)** كالف دينار **(تؤديه في نجمين)** كشهرين مثلا في **(كل نجم)** أي شهر مثلا **(كذا)** أي خمسمائة دينار

فإذا أديت فأنت حر وقبول ولا يجوز كتابة بعض عبد إلا أن يكون باقيه حرا ولا تستحب إلا لمن يعرف كسبه وأمانته.......................

الشرح

(**فإذا أديت فأنت حر**) فلو ترك قوله فإذا أديت فأنت حر ونواه صحت بلا خلاف لأن المقصود منها العتق وهو يقع بالكناية مع النية فإن لم ينوه لم يصح على المذهب وهذا التفصيل إنما هو في الكتابة الصحيحة أما الفاسدة فلابد من التصريح بقوله فإذا أديت فأنت حر كما قاله القاضي حسين وغيره. اهـ (ملخصا من المغني ٤/٦٥٤).

(**وقبول**) من العبد لفظا على الفور كالبيع فلا تصح الكتابة بدونه كسائر العقود ولا يغني عن القبول التعليق بالأداء. اهـ (المغني ٤/٦٥٤).

(**ولا يجوز كتابة بعض عبد**) إن كان باقيه لغيره ولم يأذن في كتابته لعدم الاستقلال ولأن القيمة تنقص بذلك فيتضرر الشريك وكذا لا تجوز إن أذن الغير له فيها أو كان ذلك البعض له على المذهب المنصوص لأن المكاتب يحتاج إلى التردد حضراً وسفراً لاكتساب النجوم ولا يستقل بذلك إذا كان بعضه رقيقا فلا يحصل مقصود الكتابة وأيضا لا يعطى من سهم المكاتبين لانه يصير بعضه ملكا لمالك الباقي فإنه من اكسابه. اهـ (المغني ٤/٦٥٨)

(**إلا أن يكون باقيه حرا**) فتصح كتابته لأنها تفيد الاستقلال المقصود بالعقد. والكتابة مستحبة لا واجبة وإن طلبها الرقيق قياسا على التدبير وشراء القريب ولئلا يتعطل الملك وتتحكم المماليك على المالكين. اهـ (المغني ٤/٦٥٣)

(**ولا تستحب**) الكتابة (**إلا لمن يعرف كسبه وأمانته**) وبهما فسر الخير في الآية السابقة فإن انتفى الوصفان لم تستحب ولم تكره بحال نعم لو كاتبه مع

وللعبد فسخها متى شاء وليس للسيد فسخها إلا أن يعجز المكاتب عن الأداء وإن مات العبد انفسخت أو ....

الشرح

العجز عن الكسب وكان يتكسب النجوم بطريق الفسق كالسرقة ونحوها كرهت كما قاله الأذرعي بل إن تحقق ذلك حرمت كما هو قياس حرمة الصدقة والقرض إذا علم أن المتصدق عليه أو المقترض يصرف الصدقة أو ما اقترضه في محرم. اهـ (البيجوري ٢/٣٨٣)

[تَنْبِيْهٌ]: لا تستحب الكتابة إلا إذا توفرت هذه الشروط الثلاثة السؤال أي طلب العبد الكتابة والأمانة والاكتساب فإن فقد واحد منها كانت مباحة وقال بعضهم السؤال ليس قيدا للاستحباب وإنما هو قيد للتأكيد ولعل المصنف رحمه الله تعالى جرى على ما جرى عليه البعض فلذلك لم يذكر السؤال. اهـ (البيجوري مع زيادة ٢/٣٨٣).

(**وللعبد فسخها متى شاء**) أي في أي وقت شاء وإن كان معه ما يوفى به نجوم الكتابة لجوازها من جهته ولو مع القدرة على النجوم ولأن عقدها لحَظِهِ كالمرتهن. اهـ (البيجوري مع زيادة ٢/٣٨٥).

(**وليس للسيد فسخها**) بعد لزومها كالراهن (**إلا أن يعجز المكاتب عن الأداء**) فله الفسخ كما يفسخ البائع بعجز المشتري عن الثمن، وفي معنى العجز امتناع المكاتب من أداء النجوم مع القدرة عليها أو غاب وإن حضر ماله أو كانت غيبته دون مسافة القصر وليس للحاكم الأداء من المال بل يمكن السيد من الفسخ لأنه لو حضر ربما عجز نفسه أو امتنع من الأداء. اهـ (من البيجوري وابن قاسم ملخصاً بالمعنى ٢/٣٨٥).

(**وإن مات العبد انفسخت**) الكتابة سواء خلف وفاء أم لا (**أو**) مات

السيد فلا ويلزم السيد أن يحط عنه جزءاً من المال وإن قل قبل العتق أو
يدفعه إليه وفي النجم الأخير أليق ويندب الربع فإن لم يفعل حتى قبض

الشرح

(**السيد فلا**) تنفسخ لأنها لازمة من جهة السيد ويقوم الوارث مقام مورثه في قبض النجوم. (**ويلزم السيد أن يحط عنه**) أي عن المكاتب (**جزءاً من المال**) لقوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾.

(**وإن قل**) ويكفي أقل متمول ويجب أن يكون الحط (**قبل العتق**) ليستعين به على حصوله ويجوز بعده ويكون قضاء.

وقيل: وقت وجوبه بعد العتق ليكون بلغة له كالمتعة بعد الطلاق ويجوز من أول عقد الكتابة، وقيل لا يجوز الإيتاء إلا في النجم الأخير. اهـ (النجم ١٠/٥٤٦ ـ ٥٤٧)

(**أو يدفعه إليه**) لحصول الإعانة بالدفع على العتق ولكن الحط أولى لان القصد بالحط الإعانة على العتق وهي محققة في الحط موهومة في الدفع. اهـ ابن قاسم الغزي. (**وفي النجم الأخير أليق**) لأنه أقرب إلى العتق وقد روى مالك في الموطأ عن ابن عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا أنه كاتب عبداً على خمسة وثلاثين ألفاً ووضع عنه منها في النجم الأخير خمسة آلاف.

(**ويندب الربع**) لما روى الحاكم وقال صحيح الإسناد عن علي رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال في قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ ربع الكتابة. وفي وجه ضعيف: يستحب الثلث لقوله صلى الله عليه وآله وسلم «الثلث» والثلث كثير والحاصل أن حط الربع أولى من غيره فإن لم تسمح به نفسه فكونه سبعا أولى من غيره ولو كان مال الكتابة أقل متمول كحبتي بر وجب حط بعضه كحبة. اهـ (انظر البيجوري ٢/٣٨٧)

(**فإن لم يفعل**) أي لم يحط عنه شيئا أو لم يدفع له شيئا منه (**حتى قبض**

المال رد عليه بعضه ولا يعتق المكاتب ولا شيء منه ما بقي عليه شيء ويملك بالعقد منافعه واكسابه وهو مع السيد كالأجنبي ولا يتزوج ولا يهب ولا يعتق ولا يحابي إلا بإذن السيد ....

الشرح

المال) جميعه (**رد عليه بعضه**) ولو قليلا فلو مات السيد بعد الأخذ وقبل الايتاء لزم الورثة الإيتاء فإن كانوا صغارا تولاه الولي. (**ولا يعتق المكاتب ولا شيء منه ما بقي عليه شيء**) لحديث أبي داود والنسائي: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «من كاتب عبدا على مائة درهم فأداها إلا عشرة دراهم.. فهو عبد» صححه ابن حبان.

(**ويملك**) العبد المكاتب (**بالعقد منافعه واكسابه**) وهي قبل العقد ملك لسيده وله أن يبيع ويشتري ويستأجر ويكري (**وهو مع السيد كالأجنبي**) مع الأجنبي في البيع والشراء والأخذ بالشفعة وبذل المنافع لأنه صار بعقد الكتابة كالخارج عن ملكه وإنما له في ذمته مال. اهـ (التنبيه مع شرحه للسيوطي ٢/٥٦٧).

(**ولا يتزوج**) إلا بإذن السيد وليس له وطء أمته ولو بإذن السيد لأنها ربما حبلت فماتت بالطلق فإن خالف ووطئ فلا حد عليه لأنها ملكه والولد منه نسيب ويتبعه رقا وعتقا ولا تصير به الأمة أم ولد لانعقاده رقيقا مملوكا لأبيه. (البيجوري ٢/٣٨٦).

(**ولا يهب**) ولا يتصدق نعم ما تصدق به عليه من نحو لحم وخبز مما العادة فيه أكله وعدم بيعه له اهداؤه لغيره على النص في الأم. اهـ (البيجوري ٢/٣٨٧) (**ولا يعتق**) ولا يكاتب ولو بإذن سيده لتضمنها الولاء وليس من أهله. اهـ (المغني ٤/٦٧٢).

(**ولا يحابي**) في البيع والشراء (**إلا بإذن السيد**) فيصح تزوجه وهبته ومحاباته لا عتقه.

ولا يجوز بيع المكاتب ولا بيعُ ما في ذمته من النجوم وولد المكاتبة يعتق إذا عتقت.

الشرح

[تَنْبِيهٌ]: ظاهر عبارة المصنف رحمه الله أن العبدَ المكاتب له أن يعتق بإذن السيد، والمعتمد: أنه لا يجوز له ذلك وإن أذله له السيد لفقده أهلية الولاء، قال شيخ الإسلام في شرح المنهج (ج٥ ص٤٧٢): «ولا يصح إعتاقه عن نفسه وكتابته ولو بإذن لتضمُّنهما الولاء وليس من أهله كما عُلم ذلك مما مرّ».

[تتمة]

لا يصح ابراؤه عن الديون ولا هبته مجانا ولا بشرط الثواب لأن في قدره اختلافا بين العلماء فقد يحكم حاكم بشيء قليل ولأن الثواب إنما يستقر بإقباض الموهوب، وفيه خطر. ووصيته باطلة، سواء أوصى بعين أو بثلثها له لأن ملكه غير تام اهـ (المغني ٢/٦٧٣).

(**ولا يجوز بيع**) وهبة (**المكاتب**) كأم الولد لكن إن رضى المكاتب بذلك صح وكان رضاه فسخا للكتابة ويصح أيضا بيعه من نفسه كما في أم الولد. اهـ المغني (بتصرف ٤/٦٦٦)

(**ولا بيعُ ما في ذمته من النجوم**) لأنها غير مستقرة ولأن المسلم فيه لا يصح بيعه مع لزومه من الطرفين لتطرق السقوط اليه فالنجوم بذلك أولى اهـ (المغني ٤/٦٦٦)

(**وولد المكاتبة**) الرقيق الحادث بعد الكتابة ولو حملت به بعدها (**يعتق إذا عتقت**) ولا شيء عليه للسيد إذ لم يوجد منه التزام أما الولد الموجود قبل الكتابة فهو باق على ملك السيد. اهـ (المغني ٤/٦٦٤مع زيادة من انوار المسالك صـ ٢٦٥).

فصل في أمهات الأولاد

إذا أولد جاريته أو جارية يملك بعضها أو جارية ابنه فالولد حر والجارية أم ولد له فتعتق بموته....................

الشرح

(فصل في أمهات الأولاد)

جمع أم والأكثر في جمعها أمهات ويجوز أمات على قلة وقال بعضهم: الأمهات للناس والأمات للبهائم وقال غيره يقال فيها أمهات وأمات لكن الأول أكثر في الناس أنشد الزمخشري في تفسير قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ﴾ للمأمون ابن الرشيد:

وإنما أمهات الناس أوعية ... مستودعات وللآباء أبناء

والمستولدة هي الامة التي وضعت ما تجب فيه غرة باحبال سيدها الحر. والأصل في الباب خبر: «أيّما أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه» رواه ابن ماجه والحاكم وصحح إسناده. وخبر الصحيحين عن أبي موسى: قلنا يا رسول الله إن نأتي السبايا ونحب أثمانهن فما ترى في العزل؟ فقال: «ما عليكم ان لا تفعلوا ما من نسمة كائنة الى يوم القيامة إلا وهي كائنة». ففي قوله ونحب أثمانهن دليل على أن بيعهن بالاستيلا د ممتنع. اهـ (النجم ١٠/٥٨٣ ـ ٥٨٤).

(إذا أولد) رجل حر مسلم أو كافر أصلي **(جاريته أو جارية يملك بعضها)** وهو موسر بقيمة باقيها فالولد حر بالإجماع والجارية أم ولد له ولا ولاء على الولد لأحد. اهـ (شرح التنبيه ٢/٥٧٠)

(أو) أولد **(جارية ابنه فالولد حر)** للشبهة ولا حد عليه **(والجارية أم ولد له)** على أصح القولين لأنها علقت منه بحرلحق الملك فأشبه ما لو علقت به في ملكه. اهـ (شرح التنبيه ٢/٥٧٠)، **(فتعتق بموته)** قبلها ولو بقتلها له بقصد

ويمتنع بيعها وهبتها ويجوز استخدامها وإجارتها وتزويجها وكسبها للسيد وسواء ولدته حيا أو ميتا لكن لو لم يتصور فيه خلق آدمي لم تصر أم ولد

الشرح

الاستعجال ويكون هذا مستثنى من قاعدة من استعجل بشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه فهي قاعدة أغلبية فإن قتلت فيه فالأمر ظاهر وإن وجبت الدية فهي في ذمتها. اهـ (البيجوري ٢/٣٩٣).

(ويمتنع بيعها) مع بطلانه أيضا إلا من نفسها فلا يحرم ولا يبطل بل يحل ويصح لأنه عقد عتاقه. اهـ (البيجوري بتصرف ٢/٣٩٢ ـ ٣٩٣). **(وهبتها)** ورهنها والوصية بها ولو لنفسها، لحديث الدارقطني والبيهقي: «أم الولد لا تباع ولا توهب ولا تورث» يستمتع بها مدة حياته فإذا مات عتقت وهل تصح كتابتها أو لا؟ قولان: أحدهما لا تصح لأنها عقد على رقبتها كالبيع والهبة لغيرها والثاني نعم تصح وهو المعتمد لأنه لا منافاة بين الكتابة والاستيلاء وتعتق بالأسبق من موت السيد وأداء النجوم. اهـ (البيجوري بتصرف وزيادة ٢/٣٩٣).

(ويجوز استخدامها وإجارتها) لبقاء ملكه عليها كالمدبرة ويجوز له وطئها بالإجماع وإعارتها وله أيضا أرش جناية عليها وعلى أولادها التابعين لها وقيمتها إذا قتلت وقيمتهم إذا قتلوا **(وتزويجها)** بغير إذنها إلا إن كان السيد كافرا وهي مسلمة فلا يزوجها بل يزوجها الحاكم لأنه لا ولاية للكافر على المسلّمة. اهـ (ابن قاسم مع البيجوري بتصرف ٢/٣٩٣) **(وكسبها)** ومهرها **(للسيد)** لبقاء ملكه عليها وعلى منافعها، **(وسواء ولدته حيا أو ميتا)** أو ما تجب فيه غرة كمضغة فيها صورة آدمي ظاهرة أو خفية أخبر بها القوابل أو رجلان أو رجل وامرأتان، **(لكن لو لم يتصور فيه خلق آدمي لم تصر أم ولد)** ولو اختلف أهل الخبرة هل فيها خلق آدمي أو لا فقال بعضهم فيها ذلك ونفاه بعضهم فالذي يظهر أن المثبت مقدم لأن معه زيادة علم. اهـ (المغني ٤/٦٨٢).

ولو أولد جارية أجنبي بنكاح أو زنا فالولد ملك لسيدها أو بشبهة فهو حر فلو ملكها بعد ذلك لم تصر أم ولد.

الشرح

(**ولو أولد جارية أجنبي بنكاح**) ولم يغر بحريتها (**أو زنا فالولد ملك لسيدها**) بالإجماع تبعا لأمه لأن الولد يتبع أمه في الرق والحرية وظاهر أنه لا نسب لأن ولد الزنا لا ينسب للزاني وأما في النسب فيثبت النسب وإنما رق لأن الزوج دخل على إرقاق ولده أما لو غر شخص بحرية أمة فأولدها فالولد حر وعلى المغرور قيمته لسيدها ويرجع بها على من غره اهـ (ابن قاسم الغزى. مع البيجوري ٢/٣٩٥).

(**أو**) أولد أجنبي أمة غيره (**بشبهة**) منسوبة للفاعل كظنها أمته أو زوجته الحرة (**فهو**) أي الولد (**حر**) عملا بظنه وهو نسيب أيضا وعليه قيمته لسيدها وقت ولادته فيقدر رقيقا ويقوم حينئذ فما بلغته وجب عليه دفعه للسيد لتفويت رقه عليه بظنه ولا تصير أم ولد قبل ملكها بلا خلاف. اهـ (ابن قاسم الغزى مع البيجوري ٢/٣٩٥).

(**فلو ملكها بعد ذلك**) ففيه قولان: أحدهما وهو الأظهر (**لم تصر أم ولد**) لأنها علقت به في غير ملكه فأشبه ما لو علقت به في نكاح والثاني تصير أم ولد لأنها علقت بحر والعلوق بالحر سبب الحرية. اهـ (شرح التنبيه مع تقديم وتأخير ٢/٥٧١).

قال في صفوة الزبد:

ومولـد بالاختيـار جاريـة	لغيـره منكوحـة أو زانيـة
فالنسل قن مالك والفرع حر	من وطئه بشبهة أو حيث غر
أو بشراء فاسد فإن ملك	ذي بعد لم تعتق عليه إن هلك
لكن عليه قيمة الحر ثبت	بحمد ربي زبد الفقه انتهت

(باب الوصية)

قدمها على الفرائض لأنه الأنسب إذ الإنسان يوصي ثم يموت ثم تقسم تركته وأكثرهم أخرها عنها لأن قبولها وردها ومعرفة قدر الثلث ومن يكون وارثا متأخر عن الموت ولأن الفرائض أقوى وأهم منها إذ هي ثابتة بحكم الشرع لا تصرف للميت فيها وهذه عارضة فقد توجد وقد لا توجد.

واشتقاقها مِن: وصي يصي أي وَصَلَ يصل لأن الموصي وصل ما كان في حياته بما بعد مماته أو أنه وَصَلَ خير دنياه بخير عقباه، والفعل منها: أوصى يوصي إيصاء، والاسم وصية ووصاية وجمع الوصية وصايا كهدية وهدايا وعرية وعرايا وهي في الشرع تبرع بحق مضاف لما بعد الموت. وكانت في أول الإسلام واجبة لجميع الأقربين لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ﴾ ثم نسخت بآية المواريث إلا في حق الله تعالى أو للآدميين من زكاة أو حج أو كفارة أو رد وديعة أو دين فيجب أن يوصي به إذا لم يعلم به غيره ممن يثبت به بعد موته. وهي الآن جائزة في ثلث ماله الباقي بعد كفنه ومؤنة تجهيزه وقضاء ديونه مستحبة في الجملة على المذهب. وهي سنة مؤكدة إجماعا وإن كانت الصدقة بصحة فمرض أفضل فينبغي أن لا يغفل عنها ساعة كما صرح به الخبر الصحيح: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلة أو ليلتين إلا وصيته مكتوبة عند رأسه» أي ما الحزم او المعروف شرعا إلا ذلك لأن الإنسان لا يدري متى يفجؤه الموت.

وإذا أراد أن يوصي فالأفضل أن يقدم من لا يرث من قرابته، ويقدم منهم المحارم ثم يقدم بالرضاع ثم يقدم بالمصاهرة ثم بالولاء ثم بالجوار كالصدقة

تصح من المكلف الحر ولو مبذرا ثم الكلام في فصلين أحدهما في نصب الوصي وشرطه التكليف........................

الشرح

المنجزة. والأولى المبادرة اليها ففي سنن ابن ماجة عن أنس أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «المحروم من حرم الوصية من مات على وصية مات على سبيل وشهادة وسنة وتقى وشهادة ومات مغفورا له». وفي الدارقطني عن معاوية بن قرة عن أبيه عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «من حضرته الوفاة فأوصى فكانت وصيته على كتاب الله.. كانت كفارة لما ترك من زكاته» وفيه عن ابن عباس أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الاضرار في الوصية من الكبائر».

وأجمع المسلمون على مشروعيتها ولها أربعة أركان: الموصي، الموصى له، الموصى به، والصيغة. اهـ (النجم بتصرف ٦/٢١٣ الى ٢١٥).

(تصح من المكلف الحر) المختار عند الوصية فلا تصح من صبي ومجنون ورقيق ولو مكاتبا لم يأذن له سيده ولا من مكره والسكران كالمكلف وفي قول تصح من صبي مميز. **(ولو مبذرا)** أي محجورا عليه حجر سفه في الأظهر لأن الحجر عليه إنما كان لمصلحته في الحياة لئلا يضيع ماله وذلك منتف هنا. **(ثم الكلام)** على الوصية **(في فصلين)** لأنها تطلق على الإيصاء بمعنى إقامة وصي وعلى الشيء الذي يتبرع به بعد الموت فلذلك عقد لها فصلين: **(أحدهما في نصب الوصي)** أي إقامته شخصا بعد موته ينظر في أمر أولاده الصغار وتنفيذ وصيته ووفاء ما عليه من الديون وقبض ماله على الناس.

(وشرطه) أي الوصي **(التكليف)** فلا تصح الوصاية الى الصبي والمجنون ولو قل جنونه لأنها أمانة وولاية وليسا من أهلها ولأنهما مولى عليهما فلا يليان أمر غيرهما فإن وصى اليه وهو ناقص فصار عند الموت كاملا صح على الأصح.

والحرية والعدالة والاهتداء للموصى به فلو أوصى لغير أهل فصار عند الموت أهلا أو أوصى لجماعة أو لزيد ثم من بعده لعمرو أو جعل للوصي أن يوصي من يختار صح ....

الشرح

قال الجوهري: الوصي من الأضداد يطلق على الذي يوصي والذي يوصى اليه ومراد المصنف الثاني اهـ (النجم ٦/٣٢٥).

(**والحرية**) فلا يصح الإيصاء لمن به رق وإن قل لأن الرقيق لا يتفرغ لذلك لشغله بخدمة السيد. اهـ (النجم ٦/٣٢٥).

(**والعدالة**) ولو ظاهرة فلا تصح لفاسق لأنه ممنوع منها اجماعا ولو وقع نزاع في عدالته اشترط ثبوت العدالة الباطنة كما هو ظاهر اهـ (التحفة ٧/٨٦) (**والاهتداء للموصى به**) فلا يجوز الإيصاء لمن لا يهتدي اليه لفسقه أو هرم أو تغفل إذ لا مصلحة فيه. اهـ (التحفة ٧/٨٦).

(**فلو أوصى لغير أهل**) عند الإيصاء (**فصار عند الموت أهلا**) بأن كان فاسقا ثم تاب وصار عدلا جاز لأنها حالة نفوذ التصرفات فاعتبرت الشروط عندها كما أن الاعتبار في صفات الشاهد عند الأداء وقيل لا يجوز اعتباراً بحالة الإيصاء. (شرح التنبيه ٢/٥٤١)

(**أو أوصى لجماعة**) معينين لم يجز لأحدهم أن ينفرد بالتصرف سواء نص على اجتماعهم فيه أم أطلق فإن نص على أن لكل واحد أن يتصرف منفرداً جاز. اهـ (شرح التنبيه ٢/٥٤٢) (**أو لزيد ثم من بعده لعمرو أو جعل للوصي أن يوصي من يختار صح**) في الأظهر كالوكيل يوكل بالإذن بل أولى لقوة نظر الوصي ومقابل الأظهر لا يصح لبطلان إذنه بالموت ومحل القولين إذا أذن له أن يوصي عن نفسه أو أطلق، فإن أذن له أن يوصي عن الموصي، صح قطعا.

ولا يتم إلا بالقبول بعد موت الموصي ولو على التراخي ولكل منهما العزل متى شاء ....

الشرح

(النجم مع حذف ٦/٣٣١).

(ولا يتم) الإيصاء **(إلا بالقبول)** من الوصي لأنها عقد تصرف كالوكالة ومن ثم اكتفى هنا بالعمل كهو ثم كما اقتضاه كلام الشيخين وجزم به القفال وهو أوجه من اعتماد السبكي رحمه الله اشتراط اللفظ وتبعه السيوطي في شرح التنبيه.

(بعد موت الموصي) فلا يصح القبول ولا الرد في حياة الموصي في الأصح لأنه لم يدخل وقت تصرفه كالموصى له بالمال (التحفة ٧/٩٢). **(ولو على التراخي)** ما لم يتعين تنفيذ الوصايا أو يعرضها عليه الحاكم بعد ثبوتها عنده قال الأذرعي رحمه الله أو يكون هناك ما تجب المبادرة اليه. اهـ (التحفة ٧/٩٢)

[تَنْبِيْهٌ]: لو قبل في حياة الموصي ثم رد بعد وفاته لغا أو رد في حياته ثم قبل بعد وفاته صح.

(ولكل منهما) أي الوصي والموصي **(العزل متى شاء)** لأنه عقد جائز إلا إن تعين الوصي وغلب على ظنه استيلاء ظالم من قاض وغيره فليس له الرجوع ولو خاف الوصي على مال اليتيم ونحوه من استيلاء الظالم عليه فله تخليصه بشيء منه والله يعلم المفسد من المصلح فيبذل شيئا لقاضي السوء الذي لو لم يبذل له شيئا لانتزع المال منه وسلمه لبعض خونته وأدى ذلك الى استئصاله وكذا يجوز للوصي تغييب مال اليتيم ونحوه كما قاله ابن عبدالسلام إذا خاف عليه الغصب لأجل حفظه كما في قصة الخضر عَلَيْهِ السَّلَامُ. (البيجوري ٢/٩١)

ولا تصح الوصية إلا في معروف وبر كقضاء دين وحَجٍّ والنظر في أمر الأولاد وشبهه. ....

الشرح

(**ولا تصح الوصية إلا في معروف**) أي خير (**وبر**) عطف تفسير لأن البر هو المعروف (**كقضاء دين**) لأن ذمة الميت مرتهنة به حتى يقضى عنه، والمراد الدين الذي لا يعجز عنه في الحال أما الذي يعجز عنه فالوصية به واجبة كما صرح به في الروضة، قال: وكذا الإيصاء برد المظالم (**وحَجٍّ**) ولو نفلا بناء على دخول النيابة فيه ويحج عنه من ميقاته عملا بتقييده إن قيد وحملا على المعهود شرعا إن أطلق.

(**والنظر في أمر الأولاد**) أي الأطفال خشية الضياع ومثل الأولاد السفهاء والمجانين والإيصاء المذكور سنة إلا في قضاء حق عجز عنه حالا وليس به شهود فإنه يجب حينئذ لأن ترك الإيصاء به يؤدى الى ضياعه. اهـ (البيجوري ٢/٩١ ـ ٩٢)

(**وشبهه**) أي شبه ما ذكر كرد المظالم كالمغصوب وأداء الحقوق كالعواري والودائع.

[فرع] من علم من نفسه الأمانة والقدرة: استحب له قبول الوصية، فإن لم يعلم من نفسه ذلك فيختار له أن لا يقبل. وفي مناقب الشافعي للبيهقي: قال الربيع: قال الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لا يدخل في الوصية إلا أحمق أو لص، فإن علم من نفسه الضعف فالظاهر: أنه يحرم القبول لما روى مسلم عن أبي ذر: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال له: «إني أراك ضعيفا، وإني أحب لك ما أحب لنفسي، لا تتأمرن على اثنين، ولا تلين مال يتيم» فإذا لم يُوْصِ أحداً نصب القاضي من يقوم بهذه الأمور. اهـ (النجم ٦/٣٢٤).

وليس له أن يوصى على الأولاد وصيا والجد أبو الأب حي أهل للولاية.
الفصل الثاني في الموصى به: تجوز الوصية بثلث المال فما دونه ولا تجوز بالزيادة عليه..........

الشرح

(وليس له أن يوصى على الأولاد وصيا والجد أبو الأب حي أهل للولاية) عليهم حال الموت لأن ولايته ثابتة بالشرع كولاية التزويج وقيل يجوز لأنه أولى من الجد فكذا نائبه، أما على الديون والوصايا فلا خلاف في جواز نصبه مع الجد فإن لم ينصب فأبواه أولى بقضاء الديون والحاكم بتنفيذ الوصايا. اهـ (النجم ٦/٣٣٢). وبحث السبكي رحمه الله تعالى جواز الإيصاء عند غيبه الجد الى حضوره قال الزركشي رحمه الله ويحتمل المنع فإن الغيبة لا تمنع حق الولاية أي ويمكن الحاكم ان ينوب عنه اهـ ويتجه جوازه لو كان ثَمَّ ظالم لو استولى على المال أكله لتحقق الضرورة حينئذ وعليه يحمل كلام السبكي رحمه الله. اهـ (التحفة بتصرف ٧/٩٠)

[خَاتِمَةٌ]

لا يصح الإيصاء بتزويج طفل وبنت خلافا لمالك وأبي حنيفة لعموم قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «السلطان ولي من لا ولي له» ولأن الوصي لا يتعير بدخول الدناءة في نسبهم، واللائق تفويض أمر التزويج الى من يعتني بالنسب أو يختص بقوة النظر والاجتهاد كالقاضي وأيضا فلو كانوا غائبين لم تجز الوصاية في حقهم وإن كانوا صغارا فغير الأب والجد لا يزوج الصغير والصغيرة وإذا علم أن الوصي لا يزوج بالوصاية فبدونها أولى. اهـ (النجم ٦/٣٣٢ ـ ٣٣٣)

(الفصل الثاني في الموصى به: تجوز الوصية بثلث المال) بالنص والإجماع. اهـ (شرح التنبيه ٢/٥٤٥)، (فما دونه) أي أقل منه (ولا تجوز بالزيادة عليه) لخبر الصحيحين الثلث والثلث كثير والزيادة عليه قال المتولي

والمراد ثلثه عند الموت فإن كان ورثته أغنياء ندب استيفاء الثلث وإلا فلا فإن زاد عليه بطلت في الزائد إن لم يكن له وارث ....

الشرح

وغيره مكروهة والقاضي وغيره محرمة. **(والمراد ثلثه عند الموت)** أي وقت الموت حتى لو أوصى بثلث ماله ثم زاد ماله عما كان وقت الوصية تعلقت الوصية به فلا عبرة بما قبل الموت حتى لو أوصى بعبد ولا عبد له وقت الوصية ثم ملك عبدا عند الموت تعلقت الوصية به وتنفذ في ثلثه فقط إن لم يكن له مال غيره وإن كان له مال غيره وخرج من الثلث نفذت في كله اهـ (البيجوري ٢/٨٨). وقيل يوم الوصية كما في نذر التصدق بثلث ماله اعتبر يوم النذر فعلى هذا تنعكس الأحكام المتقدمة فلو كان عليه دين مستغرق لم تنفذ الوصية في شيء، لكنها تنعقد حتى ينفذها لو أبرئ أو قضي عنه اهـ (النجم ٦/٢٤٣).

(فإن كان ورثته أغنياء ندب استيفاء الثلث) والأصح استحباب نقصان الموصى به عن الثلث وإن كان ورثته أغنياء كما ذكره في الروضة والتحفة والمغني وفتح المعين بل قالوا يسن أن ينقص عن الثلث شيئا خروجا من خلاف من أوجب ذلك ولأنه عليه الصلاة والسلام استكثر الثلث. **(وإلا)** بأن كانوا فقراء **(فلا)** يندب استيفاء الثلث، روى الشيخان عن سعد بن أبي وقاص أنه قال: يا رسول الله أتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا قال: فالنصف، قال لا قال فالثلث قال: «الثلث والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس».

والحاصل: أنه يندب نقصان الموصى به عن الثلث وإن كان ورثته أغنياء وأن استيفاء الثلث خلاف الأولى وأن الزيادة مكروهة وأما القول بحرمة الزيادة على الثلث فضعيف وإن قصد بذلك حرمان ورثته. اهـ (ملخصا من التحفة والبيجوري والجمل).

(فإن زاد عليه بطلت في الزائد) على الثلث **(إن لم يكن له وارث)**

وكذا إن كان ورد الزائد فإن أجازه صح ولا تصح الإجازة والرد إلا بعد الموت وما وصى به من التبرعات تعتبر من الثلث................

الشرح

لحديث مسلم: «أن رجلا أعتق ستة أعبد لا مال له غيرهم، فجزأهم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثلاثة أجزاء فاعتق اثنين ورق أربعا»، **(وكذا)** تبطل الوصية في الزائد على الثلث **(إن كان)** له وارث عام مطلقا أو خاص، **(ورد الزائد)** لأنه حقه وقيل تبطل الوصية للنهي عن الزيادة على الثلث في حديث سعد والنهي يقتضي الفساد. اهـ (شرح التنبيه ٢/٥٤٦).

(فإن أجازه) أي أجاز الوارث الخاص الزائد على الثلث **(صح)** ويكون تنفيذا أي لا عطية مبتدأة كما قيل ويترتب على ذلك أنه إن قلنا بالأول وهو المعتمد فليس لهم الرجوع ولا يحتاج الى قبول غير قبول الوصية وإن قلنا بالثاني كان لهم الرجوع في الزائد قبل القبض ويحتاج الى قبول المذكور وولاء من أجازوا عتقه الحاصل في مرض الموت أو بعده بحكم الوصية ثابت للميت يستحقه ذكور العصبة دون إناثهم. اهـ (البيجوري ٢/٨٨).

[تَنْبِيهٌ]: إذا رد الورثة المطلقون التصرف الزائد بطلت الوصية في الزائد فقط وإن أجاز بعض الورثة ورد البعض فلكل حكمه. اهـ (البيجوري ٢/٨٨).

(ولا تصح الإجازة والرد إلا بعد الموت) لأنه لا حق للوارث قبله فلمن رد في الحياة الإجازة بعد الوفاة والعكس ولابد من معرفة قدر الزائد على الثلث وقدر التركة فإن جهل أحدهما لم يصح. اهـ (شرح التنبيه مع زيادة ٢/٥٤٦).

(وما وصى به من التبرعات) كالعتق والوقف والهبة وصدقة التطوع والإبراء **(تعتبر من الثلث)** سواء أوصى به في الصحة أو في المرض لاستواء الكل في وقت اللزوم وهو حالة الموت. اهـ (شرح التنبيه ٢/٥٤٦)

وكذا من الواجبات إن قيده بالثلث فإن أطلقه فمن رأس المال وما نجزه في حياته من التبرعات كالوقف والعتق والهبة وغيرها فإن فعله في الصحة اعتبر من رأس المال...............................

الشرح

(**وكذا**) ما وصى به (**من الواجبات**) كأداء الحج وقضاء الدين والزكاة يعتبر من الثلث، (**إن قيده بالثلث**) لأنه قصد الرفق بالورثة فيما لو كانت هناك تبرعات فتزاحمها الواجبات حتى إذا ضاق الثلث قدمت الواجبات على التبرعات فإن استوفت الواجبات الثلث سقطت التبرعات فإن لم يكن وصايا فلا فائدة في نصه على الثلث اهـ.

[تَنْبِيهٌ]: خرج بقوله إن قيده بالثلث ما لو اطلق فالأظهر أنه لا يعتبر من الثلث لان الاصل فيه أن يكون من رأس المال فإذا لم يصرفه عنه بقي على الأصل، وقيل يعتبر من الثلث لأن الوصية قرينة دالة على أنه منه إذ الوصية مصرفها من الثلث، وقيل إن كان قد قرن به ما يعتبر من الثلث كقوله حجوا عني وتصدقوا اعتبر من الثلث عملا بالقرينة، وإن لم يقرن بذلك لم يعتبر عملا بالأصل. اهـ (التنبيه مع شرحه للسيوطي ٢/٥٤٧)

(**وما نجزه في حياته من التبرعات كالوقف والعتق والهبة**) مع الإقباض (**وغيرها**) كالمحاباة والكتابة وصدقات التطوع (**فإن فعله في الصحة**) أي فعل ما نجزه في حال صحته (**اعتبر من رأس المال**) لأنه مطلق التصرف في ماله لا حجر عليه لأحد، ويستثنى من التبرع المنجز في مرض الموت ما لو نجز عتق أم ولده في مرض موته فإنه ينفذ من رأس المال مع أنه تبرع منجز في مرض الموت لأنها مستحقة للعتق من رأس المال بالاستيلاد ولو في مرض الموت فإنه لو استولد في مرض موته أمة نفذ الاستيلاد من رأس المال لأنه ليس تبرعا بل اتلاف واستمتاع.

وإن فعله في مرض الموت أو في حال التحام الحرب أو تموج البحر أو التقديم للقتل ....

الشرح

(وإن فعله في مرض الموت) وهو المرض المخوف كالرعاف الدائم وإسهال متتابع وابتداء فالج وخروج طعام غير مستحيل أو كان يخرج بشدة ووجع أو ومعه دم وحمى مطبقة والمذهب أنه يلحق بالمخوف أسر كفار اعتادوا قتل الأسرى لأنه يستعقب الهلاك غالبا أما إذا لم يعتادوا كالروم فهو غير مخوف.

(أو في حال التحام الحرب) بين متكافئين لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كُنتُمْ تَمَنَّوْنَ ٱلْمَوْتَ مِن قَبْلِ أَن تَلْقَوْهُ فَقَدْ رَأَيْتُمُوهُ وَأَنتُمْ تَنظُرُونَ﴾ ولذلك قال عمير بن وهب يوم بدر: رأيت البلايا تحمل المنايا وكقول الحارث بن هشام:

ووجدت ريح الموت من تلقائهم ... في مأزق والخيل لم تتبدد

المأزق: المضيق ومنه سمي موضع الحرب: مأزقا، والالتحام في الحرب: اختلاط بعضهم ببعض كاشتباك لحمة الثوب بشداه أو لأن بعضه يلحم بعضاً أي يقتله أو لكثرة لحوم القتلى وخرج بالالتحام الذي هو اتصال الأسلحة ما قبله وإن تراموا بالنشاب والحراب اهـ (النجم ٦/٢٥٩ ـ ٢٦٠).

ومثل المتكافئين: القريبان من التكافؤ وإلا فلا خوف في حق الغالبين قطعا.

(أو تموج البحر) في حق راكب سفينة في بحر أو نهر عظيم كالنيل والفرات وإن كان يحسن السباحة، نعم إن كان ممن يحسن السباحة وهو قريب من الساحل لا يكون مخوفا كما قاله الزركشي. اهـ (المغني ٣/٦٦).

(أو التقديم للقتل) بخلاف الحبس له كما هو ظاهر كلامهم. (المغني ٣/٦٦).

أو الطلق أو بعد الولادة وقبل انفصال المشيمة واتصلت هذه الأشياء بالموت اعتبر من الثلث وإلا فلا فإن عجز الثلث عما نجزه في المرض بدئ بالأول فالأول ....

الشرح

(**أو الطلق**) بسبب ولادة بخلاف اسقاط علقة أو مضغة كما في زيادة الروضة وإن تكررت ولادتها لعظم خطر الولادة دونها ومن ثم كان موتها من الطلق شهادة اهـ (التحفة ٧/٣٤)

(**أو بعد الولادة وقبل انفصال المشيمة**) وهي التي تسميها النساء الخلاص لأنها تشبه الجرح الواصل الى الجوف أما إذا انفصلت المشيمة فلا خوف ومحله إن لم يحصل من الولادة جرح أو ضربان شديد أو ورم وإلا فحتى يزول. اهـ (التحفة ٧/٣٤)

(**واتصلت هذه الأشياء بالموت اعتبر**) ما نجزه فيها (**من الثلث**) لالتحاقها بمرض الموت قال في التنبيه مع شرحه للسيوطي (٢/٥٤٧): وإن فعله في حال التحام الحرب أو تموج البحر أو التقديم للقتل ففيه قولان أحدهما وهو الأظهر يعتبر من الثلث لأن ذلك يستعقب الهلاك غالبا والثاني لا يعتبر لأنه لم يحدث في بدنه ما يخاف منه فهو كالصحيح، (**وإلا**) بأن لم تتصل التبرعات المتقدم ذكرها بالموت (**فلا**) تحسب من الثلث بل من رأس المال.

(**فإن عجز الثلث عما نجزه في المرض**) بأن أعتق ووقف وتصدق وأبرأ ووهب مقبضا وكانت التبرعات مرتبة (**بدئ بالأول فالأول**) حتى يتم الثلث لأن الأول لازم لا يحتاج الى رضى الورثة ولا يملك المريض الرجوع فيه وما بعده مما لا يخرج من الثلث يفتقر الى رضاهم فكان ضعيفا والقوي مقدم على الضعيف سواء كان فيها عتق أو لا سواء اتحد الجنس أو اختلف. اهـ.

فإن وقعت دفعة أو عجز الثلث عن الوصايا متفرقة كانت أو دفعة قسم الثلث بين الكل سواء كان ثم عتق أم لا وتلزم الوصية بالموت إن كانت لغير معين

الشرح

(**فإن وقعت**) التبرعات (**دفعة**) إما منه كأن قال لعبيده إذا مت فأنتم أحرار وفي هذه الصورة المتبرع به جنس واحد وقد يكون متعدد الجنس ولا يتصور وقوعه دفعة واحدة إلا بالتوكيل كان قال لشخص وكلتك في عتق عبد لي ووكل شخصا آخر في بيع شيء من أمواله بمحاباة ووكل شخصا آخر في الهبة، (**أو**) لم تقع التبرعات دفعة لكن (**عجز الثلث عن الوصايا**) التي صدرت منه في حال المرض (**متفرقة كانت أو دفعة قسم الثلث بين الكل**) كما تقسم التركة على الديون إذا ضاقت عن الوفاء لتساويهم في الاستحقاق وعدم المرجح.

(**سواء كان ثم عتق أم لا**) ظاهر عبارة المصنف أن الثلث يقسم بين الكل مطلقا والمعتمد التفصيل فإن تمحض العتق ولم تجز الورثة جزئوا ثلاثة أجزاء ويقرع بينهم فمن قرع عتق منه ما يفي بالثلث لأن القصد من العتق التخلص من الرق ولا يحصل التخلص مع التشقيص أو تمحض غير العتق قسط الثلث على الجميع باعتبار القيمة لاستوائها مثاله: أوصى لزيد بمئة ولعمرو بخمسين ولبكر بخمسين وثلث ماله مئة أُعْطي زيد خمسين ولكل من الآخرين خمسة وعشرون ولا يقدم بعضها على بعض بالسبق لأن الوصايا إنما تملك بالموت فاستوى حكم المتقدم والمتأخر في الاستحقاق وعدم المرجح، وإن اجتمع العتق وغيره ففيه قولان أحدهما يقدم العتق لقوته لاجتماع حق الله تعالى وحق الآدمي فيه ولأنه له سراية والثاني وهو الأظهر يسوى بين الكل لاستوائهما في وقت اللزوم والاحتساب من الثلث اهـ (ملخصا من الجمل وشرح التنبيه) للعلامة السيوطي. (**وتلزم الوصية بالموت إن كانت لغير معين**) يعني لغير محصور. اهـ

كالفقراء فإن كانت لمعين كزيد فالملك موقوف فإن قبل بعد الموت ولو متراخيا حكم بأنه ملكه من حين الموت وإن رده حكم بالملك للوارث وإن قبل ورد قبل القبض سقط الملك أو بعده فلا ....

الشرح

(تحفة ٧/٣٧)، (**كالفقراء**) ولا يجب القبول لتعذره منهم ومن ثم لو قال لفقراء محل كذا وانحصروا بأن سهل عادة عدهم تعين قبولهم ووجبت التسوية بينهم. اهـ (التحفة ٧/٣٧).

(**فإن كانت**) الوصية (**لمعين كزيد فالملك موقوف**) على القبول منه (**فإن قبل بعد الموت ولو متراخيا**) وإنما لم يشترط الفور في القبول لأنه إنما يشترط في عقد ناجز يتصل قبوله بإيجابه نعم يلزم الولي القبول أو الرد فورا بحسب المصلحة فإن امتنع مما اقتضته المصلحة عنادا انعزل أو متأولاً قام القاضي مقامه والأوجه صحة الاقتصار على قبول البعض لأن المطابقة بين الإيجاب والقبول إنما هي في البيع وما الحق به كالهبة والوصية ليست كذلك. اهـ (التحفة ٧/٣٧ - ٣٨).

(**حكم بأنه ملكه من حين الموت**) فله زوائده الحادثة بعد الموت وقبل القبول كالثمرة والكسب وعليه النفقة والفطرة وغيرهما من المؤن. اهـ (التحفة بتصرف ٧/٣٩).

(**وإن رده**) أي رد الموصى له المعين الموصى به (**حكم بالملك للوارث**) وإلا لما صح الرد وتكون منافعه للوارث لأنه تحت يده ولم يخرج عن ملكه والزوائد الحادثة بعد الموت للوارث وليست من التركة فلا يتعلق بها دين. (**وإن قبل ورد قبل القبض سقط الملك**) هذا ما اعتمده الإمام النووي في تصحيح التنبيه وهو المنصوص في الأم لأن ملكه قبل القبض لم يتم لكن في الروضة والتحفة والمغني والنهاية الغاء الرد هنا وهو المعتمد، (**أو بعده**) أي بعد القبض (**فلا**)

ويجوز تعليق الوصية على شرط في الحياة أو بعد الموت ويجوز بالمنافع والأعيان وبالمعدوم كالوصية بما تحمل هذه الجارية أو الشجرة ....

الشرح

يسقط الملك بالاتفاق. والحاصل أن الرد له ثلاث حالات فإن كان قبل القبول صح قطعا أو بعد القبول والقبض امتنع قطعا أو بعد القبول وقبل القبض ففيه خلاف فالذي اعتمده في العمدة والتنبيه وتصحيحه للنووي جواز الرد واعتمد في الروضة والتحفة والنهاية والمغني امتناع الرد كالرد بعد القبض وهو المعتمد. اهـ (ملخصا من التحفة وإعانة الطالبين).

[تَنْبِيْهٌ]: صيغة الرد تنقسم الى قسمين: صريح وكناية فمن الصريح رددتها أو لا أقبلها أو أبطلتها أو الغيتها ومن كناياته نحو لا حاجة لي بها وأنا غني عنها وهذه لا تليق لي فيما يظهر.

(**ويجوز تعليق الوصية على شرط في الحياة**) كقوله إذا جاء زيد أو جاء رأس الشهر فقد أوصيت له بكذا. اهـ (شرح التنبيه ٥٤٩/٢). (**أو**) على شرط (**بعد الموت**) كقوله إذا مِتُّ وَقَدِمَ زيد فأعطوا زيدا كذا. (شرح التنبيه ٥٤٩/٢).

(**ويجوز**) أن يوصي (**بالمنافع**) المباحة لأنها كالأعيان في الملك بالعقد وبالإرث فكانت كالأعيان في الوصية وصورة الوصية بالمنافع فقط أن يوصي لزيد مثلا بمنافع هذه الجارية فيملك منافعها وأكسابها وعلى مالك عينها نفقتها.

(**والأعيان**) كأن أوصى بمنافع عبده لزيد وبعينه لعمرٍو ناقص المنفعة والحاصل انه تصح الوصية بالعين دون المنفعة وبالمنفعة دون العين وبالعين لواحد وبمنفعتها لآخر لأن المنفعة والعين كالعينين وتجوز بمنفعة مقدرة بمدة ومؤبدة والمطلق مؤبد.

(**وبالمعدوم كالوصية بما تحمل هذه الجارية أو الشجرة**) لأن المعدوم

وبالمجهول وبما لا يقدر على تسليمه كالآبق وبما لا يملكه الآن وبما يجوز الانتفاع به من النجاسات كالكلب والزيت النجس لا بما لا ينتفع به منها كالخمر والخنزير وتجوز الوصية للحربي ....

الشرح

يجوز أن يملك بعقد المساقاة والإجارة فبالوصية أولى لأنها أوسع بابا من غيرها. اهـ (شرح التنبيه ٥٤٩/٢) (و) تصح (**بالمجهول**) من كل وجه كشيء أو من بعض الوجوه كأن يكون مجهول القدر كاللبن في الضرع وكقوله أوصيت له بهذه الدراهم وهي مجهولة القدر أو الجنس كثوب أو النوع كصاع حنطة أو الصفة كحمل الدابة أو العين كأحد عبيدي وبذلك تعلم أن الوصية بأحد عبديه صحيحه لأن الوصية تحتمل الجهالة كشيء فلا يؤثر فيها الإبهام والتعيين في ذلك للوارث والحاصل انه احتمل في الوصية وجوه من الغرر رفقا بالناس وتوسعة لهم. اهـ (البيجوري ٨٦/٢).

(**و**) تجوز (**بما لا يقدر على تسليمه كالآبق**) والطير الطائر (**و**) تجوز (**بمالا يملكه الآن**) أي عند الوصية ثم ملكه عند الموت. (**و**) تجوز (**بما يجوز الانتفاع به من النجاسات كالكلب**) بشرط أن يكون نافعا ولو مآلاً بأن يكون قابلا للتعليم لصيد أو حرث أو ماشية أو حراسة (**والزيت النجس**) والزبل ولحم ميته ولو مغلظة على الأوجه لإطعامه الجوارح وخمر محترمة لأنه يجوز امساكها لتتخلل بنفسها على الأصح. (التحفة مع زيادة ١٩/٧).

(**لا بما لا ينتفع به منها كالخمر**) غير المحترمة (**والخنزير**) والكلب العقور فلا تصح الوصية به.

(**وتجوز الوصية للحربي**) بغير نحو سلاح وصورة الوصية للحربي أن يقول أوصيت لفلان ولم يزد وكان في الواقع حربيا أما لو قال أوصيت لزيد

الحربي لم تصح وإنما لم يصح الوقف عليه لأنه صدقة جارية فاعتبر في الموقوف عليه الدوام ولا تصح لأهل الحرب والردة ولا لمن يحارب أو يرتد.

(وللذمي) بلا خلاف كما يجوز التصدق عليه وروى البيهقي عن صفيه زوج النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنها قالت لأخ لها يهودي اسلم ترثني فأبى أن يسلم فأوصت له بالثلث وكانت باعت حجرتها من معاوية رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بمائة ألف فجاءت تركتها مئة الف قيمة الأرض فأبوا أن يعطوه حتى علمت عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا فأرسلت اليهم: اتقوا الله وأعطوه وصيته فأخذ ثلثها وهو ثلاثة وثلاثون ألفا ونيف. وقيل إن الوصية كانت لابن أخيها وهو يهودي أيضا. اهـ (النجم ٦/٢٢٨) **(والمرتد)** إذا لم يمت على ردته في الأصح وصورة الوصية له كالحربي بأن يقول أوصيت لفلان ولم يزد وكان في الواقع مرتدا أما لو قال أوصيت لزيد المرتد لم تصح. **(و)** تصح الوصية كذلك **(لقاتله)** في الأظهر وصورتها أن يوصى لشخص فيقتله هو أو سيده ولو عمدا لأنها تمليك بعقد فأشبهت الهبة لا الارث وخبر ليس للقاتل وصية ضعيف ساقط ولا تصح لمن يقتله إلا إن جاز قتله وتصح الوصية لقاتل فلان بعد القتل لا قبله إلا إن جاز قتله اهـ (التحفة ٧/١٤).

(وكذا) تصح الوصية **(لوارثه عند الموت)** في الأظهر **(إن أجازها بقية الورثة)** المطلقي التصرف فإن لم يجيزوا أو لم يكن له وارث غير الموصى له بطلت ولو بدون الثلث وإجازتهم هنا تنفيذ لا ابتداء تمليك فلا رجوع لهم ولا يشترط لفظ هبة بل نحو أجزت أو أمضيت. اهـ.

(و) تصح الوصية أيضا **(للحمل)** ولو كان نطفة أو علقة سواء كان حرا أو رقيقا من زوج أو سيد أو شبهة أو زنا لأنا نحكم له بالإرث والوصية أوسع

فتدفع لمن علم وجوده عند الوصية إذا انفصل حيا بأن تلد لدون ستة أشهر من الوصية أو فوقها ودون الأربع سنين ولا زوج لها ولا سيد يطؤها وإن أوصى لعبد فقبل دفع الى سيده وإن وصى بشيء ثم رجع عن الوصية صح الرجوع وبطلت الوصية ....

الشرح

بدليل أن المكاتب والكافر تجوز الوصية لهما ولا يرثان، أما إذا أوصى لمن تحمله هذه فأصح الأوجه لا تصح لأن تمليك المعدوم ممتنع. اهـ (النجم الوهاج ٦/٢٢١).

(**فتدفع لمن علم وجوده عند الوصية إذا انفصل حيا**) وبه حياة مستقرة (**بأن تلد لدون ستة أشهر من الوصية**) وإن كانت فراشا لزوج أو سيد لأنها أقل مدة الحمل فيعلم أنه كان موجودا عندها. (**أو فوقها**) أي الستة الأشهر (**ودون الأربع سنين ولا زوج لها ولا سيد يطؤها**) لأن الظاهر وجوده عندها لندرة وطء الشبهة وفي تقدير الزنا إساءة ظن وفيما عدا ذلك لا يستحق لاحتمال حدوثه كما لو لم تكن فراشا قط وقد انفصل لستة أشهر فأكثر. (**وإن أوصى لعبد**) أو أمة سواء المكاتب وغيره فاستمر رقه الى موت الموصى (**فقبل دفع**) ما أوصى به للعبد (**الى سيده**) بعد موت الموصى له. فإن عتق قبل موت الموصي فالوصية له لا لسيده لأنه وقت الملك حر ومحل هذا إذا عتق كله فإن عتق بعضه فقياس ما قالوا فيما إذا أوصى لمبعض ولامها يأه أن الموصى به بينهما أي يستحق هنا بقدر حريته والباقي لسيده. اهـ (النجم بتصرف وزيادة ٦/٢٤٣ الى ٢٤٥). (**وإن وصى بشيء ثم رجع عن الوصية**) بقوله نقضت الوصية أو أبطلتها أو رجعت فيها أو فسختها أو رددتها أو أزلتها أو رفعتها وكلها صرائح كهو حرام على الموصى له والأوجه صحة تعليق الرجوع عنها على شرط لجواز التعليق فيها فأولى في الرجوع عنها. اهـ (التحفة ٧/٧٧) (**صح الرجوع وبطلت الوصية**)

وإزالة الملك فيه كالبيع والهبة أو تعريضه لزواله بأن دبره أو كاتبه أو رهنه أو عرضه على البيع أو أوصى ببيعه أو أزال اسمه بأن طحن القمح أو عجن الدقيق أو نسج الغزل أو خلطه إذا كان معينا بغيره رجوع

الشرح

لأنها عطية لم يزل عنها ملك معطيها فأشبهت الهبة إذا لم تقبض وروى البيهقي بإسناد صحيح عن عمر وعائشة رضي الله عنهما «يغير الرجل من وصيته ما شاء» وحكى الأستاذ أبو منصور فيه: الإجماع واحترز بالوصية عن التبرعات المنجزة في مرض الموت وإن كانت من الثلث فليس له رجوع عنها. اهـ (النجم ٦/٣١٥).

(**وإزالة الملك فيه**) أي الموصى به (**كالبيع**) وإن فسخ في المجلس (**والهبة**) ولو بلا قبض في الأصح لقصده الصرف عن الموصى له. (**أو تعريضه لزواله بأن دبره أو كاتبه**) أو علق عتقه بصفة (**أو رهنه**) ولو بلا قبض كالهبة وفي وجه أنَّ رهنه ليس برجوع لأنه لا يزيل الملك وإنما هو نوع انتفاع كالاستخدام. (النجم ٦/٣١٧).

(**أو عرضه على البيع**) لظهور قصد الصرف عن الموصى له ومثله التلفظ بالإيجاب بشيء من ذلك لآخر وإن لم يقبل.

(**أو أوصى ببيعه**) ومثل الوصية بالبيع الوصية بما تقدم مما هو رجوع وإنما كان جميع ما تقدم رجوعا لمنافاة هذه الأشياء للمقصود من الوصية وهي حصول الموصى به للموصى له. (**أو أزال اسمه**) أي الموصى به (**بأن طحن القمح**) الذي أوصى به (**أو عجن الدقيق**) الذي أوصى به (**أو نسج الغزل**) الذي أوصى به كان ذلك رجوعا لأن التغيير يبطل اسم الموصى به والوصية متعلقة بالاسم وهذه التصرفات مشعرة بقصد التمليك. اهـ (النجم الوهاج ٦/٣٢٠).

(**أو خلطه إذا كان معينا بغيره رجوع**) لتعذر تسليمها سواء خلطها بمثلها

وإن مات الموصى له قبل الموصي بطلت الوصية وإن مات بعده وقبل القبول فلوارثه قبولها وردها.

الشرح

أو باجود أو بأرداء لتعذر التسليم. وقيل: الخلط بالمثل والارداء ليس برجوع اهـ (النجم بتصرف ٦/٣١٩)

[تَنْبِيْهٌ]: لو كان الموصى به طعاما بعينه فخلطه بغيره بحيث لا يمكن تمييزه كان رجوعا سواء كان مثله أو أجود منه لأنه جعله بحيث لا يمكن تسليمه وإن كان قفيزا من صبرة فخلطه بأجود منه كان رجوعا لأنه أحدث بالخلط زيادة لم يرض بتمليكها وإن خلطه بمثله أو بما هو دونه لم يكن رجوعا لفقد المعنى المذكور اهـ. (التنبيه مع شرحه للسيوطي ٢/٥٥٦)

(وإن مات الموصى له قبل الموصي بطلت الوصية) كما لو مات أحد المتعاقدين في البيع قبل القبول، وقال الحسن البصري تكون لورثة الموصى له. **(وإن مات بعده)** أي بعد الموصي **(وقبل القبول فلوارثه)** ولو الإمام فيمن يرثه بيت المال لأنه خليفته **(قبولها وردها)** لأنه فرعه فقام مقامه في القبول كالشفعة وليس لنا عقد لا يفوت بموت القابل إلا الوصية.

وحكى الشافعي: أن القبول يبطل بموت الموصى له ولا يورث عنه وبه قال أبو حامد من الحنابلة وقال أبو حنيفة تلزم الوصية بموته. اهـ (النجم الوهاج ٦/٢٦٦). والله أعلم.

** ** **

(كتاب الفرائض)

هي جمع فريضة فعيلة من الفرض، وهو القطع والتقدير.

وكان أهل الجاهلية يورثون الرجال دون النساء والكبار دون الصغار ويجعلون حظ الزوجة أنْ ينفق عليها من مال الزوج سنة ويورثون الأخ زوجة أخيه.

وكان في ابتداء الإسلام التوارث بالحلف والنصرة فيقول: دمي دمك ترثني وأرثك، ثم نسخ فتوارثوا بالإسلام والهجرة، ثم نسخ فكانت الوصية واجبة للوالدين والأقربين، ثم نسخ بآيتي المواريث: آية الشتاء التي في أول النساء، وآية الصيف التي في آخرها، فلما نزلت قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إنَّ الله أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث» واشتهرت الأخبار بالحث على تعليمها وتعلمها منها: «تعلموا الفرائض وعلموه» أيْ علم الفرائض، وروي (وعلموها) أي الفرائض (الناس فإني امرؤ مقبوض، وإنَّ العلم سيقبض وتظهر الفتن حتى يختلف اثنان في الفريضة فلا يجدان من يقضي بينهما) رواه الحاكم، وصحح إسناده. ومنها: «تعلموا الفرائض فإنه مِنْ دينكم وإنَّه نصف العلم وإِنَّه أول علم ينزع مِن أمتي» رواه ابن ماجه والحاكم والبيهقي، وقال: تفرد به حفص بن عمر وليس بالقوي، قال الماوردي: وإنما حثهم على تعلمه لقرب عهدهم بغير هذا التوارث أي وهو التوارث المتقدم.

واختلف العلماء في تأويل قوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «فإنه نصفُ العلم» على أقوال: أحسنها أنه باعتبار الحال، فإن حال الناس اثنان حياة ووفاة، فالفرائض

الشرح

تتعلق بحال الوفاة، وسائر العلوم تتعلق بحال الحياة، ويكون لفظ النصف عبارة عن القسم الواحد من القسمين وإنْ لم يتساويا، قال الشاعر:

إذا متُ كان الناس نصفان شامتٌ وآخر مثنٍ بالذي كنتُ أصنعُ

وقيل: إن العلم يُسْتَفاد بالنصِ تارةً وبالقياس أخرى؛ وعلم الفرائض مستفاد من النص، وقيل غير ذلك.

واشتهر من الصحابة بعلم الفرائض أربعة «عليٌ، وابن عباس، وزيد، وابن مسعود» ولم يتفق هؤلاء في مسألة إلا وافقتهم الأمة، وما اختلفوا إلا وقعوا فرادى ثلاثة في جانب وواحد في جانب، واختار الشافعي رضي الله عنه مذهب زيد، لأنَّه أقرب إلى القياس، ولقوله صلى الله عليه وسلم «أفرضْكم زيد».

وعن القفال أن زيداً لم يُهْجَر لَهُ قول بل جميع أقواله معمول بها بخلاف غيره، ومعنى اختياره لمذهبه أنَّه نَظَرَ في أدلَّته فوجدها مستقيمة فَعَمِل بها لا أنه قلده كما قاله ابن الرفعَة في مطلبه لأنَّ المجتهد لا يقلد مجتهداً (النجم ج٦/١٠٧ ـ ١٠٨ ـ ١٠٩ بتصرف زيادة).

(يبدأ) وجوباً عند ضيق التركة وإلا فندبا (ع ب على التحفة ج٦/٣٨٢)، **(من تركة الميت)** وهي ما يخلف من حق كخيار وحد قذف أو اختصاص أو مال كخمر تخللت بعد موته ودية أخذت من قاتله لدخولها في ملكه (تحفة ج٦/٣٨٢). **(بمؤنة تجهيزه ودفنه)** من نحو كفن وحنوط وماء وأجرة غسل وحمل وحفر حيث لا زوج أولا مؤنة عليه لنشوز (التحفة ج٦/٣٨٣). ثم تجهيزه يكون بالمعروف بحسب يساره وإعساره ولا عبرةَ بما كان عليه في حياته من إسرافه وتقتيره.

قبل الديون والوصايا والإرث، إلا أن يتعلق بعين التركة حق كالزكاة والرهن والجاني والمبيع إذا مات المشترى مفلساً فإن حقوق هؤلاء تقدم على مؤنة التجهيز والدفن، ثم بعد ذلك تقضى ديونه،..........

الشرح

(**قبل الديون والوصايا والإرث إلا أن يتعلق بعين التركة حق كالزكاة**) أي كالمال الذي وجبت فيه لأنه كالمرهون بها و(**الرهن**) كما إذا مات وعين ماله مرهونةٌ لتعلق حق المرتهن بها.

(**والجاني**) لتعلق أرش الجناية برقبته (**والمبيع**) بثمن في الذمة (**إذا مات المشتري مفلساً**) بثمنه ولم يتعلق بالمبيع حق لازم ككتابة سواء أحجر على المشترى قبل موته أم لا لتعلق حق فسخ البائع به (المغني ج٣/٦).

(**فإِنَّ حقوق هؤلاء تقدم على مؤنة التجهيز والدفن**) إيثاراً للأهم كما تقدم تلك الحقوق على حقه في الحياة.

وصورة الأولى: إذا وجب عليه شاة زكاة ومات قبل إخراجها وهي باقية فيقدم مقدار الزكاة على سائر الحقوق.

وصورة الثانية: أن يرهن عبده بدين ثم يموت فيقدم حق المرتهن على سائر الحقوق.

وصورة الثالثة: أن يجني العبد جناية توجب مالاً ثم يموت السيد فيخرج من التركة أقل الأمرين من أرش الجناية ومن قيمة العبد.

وصورة الرابعة: أن يشتري شيئاً ولم يوف ثمنه ويموت مفلساً ولم يتعلق به حق لازم كالكتابة مثلاً، فللبائع الفسخ والتقديم بالمبيع على سائر الحقوق (النجم ج٦/١١٤ ـ ١١٥ مع حذف). (**ثم بعد ذلك**) أي بعد مؤن التجهيز والدفن (**تقضى ديونه**) لوجوبها عليه والمراد المتعلقة بذمته، سواء كانت لآدمي

ثم تنفذ وصاياه ثم تقسم تركته بين ورثته، والوارثون من الرجال عشرة: الابن وابنه وإن سفل والأب وأبوه وإن علا والأخ شقيقاً كان أو لأب أو لأم وابن الأخ الشقيق أو لأب، والعم الشقيق أو لأب وابنهما والزوج والمعتق، والوارثات من النساء سبع: البنت وبنت الإبن وإن سفل، والأم والجدة أم الأم وأم الأب وإن علت،...................

الشرح

أو لله مِن زكاة أو كفارة أو حج أو نذر أذِنَ في ذلك أم لا (النجم ج٦/١١٢) (ثم) بعد قضاء ديونه، (تنفذ وصاياه) وما أُلحِقَ بها من عتق علق بالموت وتبرع نجز في مرض الموت أو الحق به لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ (المغني ج٣/٥). (ثم تقسم تركته بين ورثته) على ما يأتي بيانه (والوارثون من الرجال) أي الذكور ولو عبر بالذكور كان أولى لكن المراد الجنس (عشرة) بالاختصار وخمسة عشرة بالبسط وهم (الابن وابنه وإن سفل والأب وأبوه وإن علا والأخ شقيقا كان أو لأب أو لأم وابن الأخ الشقيق أو لأب) أمَّا ابن الأخ لأم فَمِنْ ذوي الأرحام (والعم الشقيق أو لأب) ويدخل في ذلك عم الأب وعم الجد وإن علا (وابنهما) أي العم الشقيق والعم لأب (والزوج) لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمۡ نِصۡفُ مَا تَرَكَ أَزۡوَٰجُكُمۡ﴾ الآية. (والمعتق) والمراد به مَن صدر منه الإعتاق أو ورث به. (والوارثات من النساء سبع) بالاختصار وعشرة بالبسط (البنت وبنت الابن وإن سفل) أي الابن ووقع في بعض نسخ المحرر، وإن سفلت، وليس بجيد لدخول بنت بنت الابن وليست بوارثة (المغني ٣/٨).

(والأم) لقوله تعالى ﴿وَلِأَبَوَيۡهِ لِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُ﴾.

(والجدة أم الأم أو أم الأب وإن علت) لأنها أم أو في معنى الأم والمقصود

والأخت شقيقة كانت أو لأب أو لأم، والزوجة والمعتقة وأما ذوو الأرحام وهم أولاد البنات، وأولاد الأخوات وبنوهن وبناتهن، وبنات الإخوة وبنات الأعمام، والعم للأم أي أخو الأب لأمه وأبو الأم والخال والخالة والعمة ومن أدلى بهم؛.........

الشرح

أنها وارثة في الجملة وهو مجمع عليه. (**والأخت شقيقة كانت أو لأب**) لقوله تعالى ﴿وَلَهُۥٓ أُخۡتٌ فَلَهَا نِصۡفُ مَا تَرَكَ﴾ (**أو لأم**) لقوله تعالى: ﴿وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوۡ أُخۡتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُ﴾.

(**والزوجة**) لقوله تعالى ﴿وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكۡتُمۡ﴾ والأفصح فيها حذف الهاء لكن يتعين هنا استعمال اللغة القليلة ليحصل الفرق بين الزوجين واستدل لهذه اللغة بقول الفرزدق:

وإنَّ الذي يسعى ليفسد زوجتي كساعٍ إلى أسد الشَّرا يستبيلها

وبقول عمار بن ياسر في عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: «والله إني لأعلم أنها زوجته في الدنيا والآخرة ولكن الله ابتلاكم» ذكره البخاري. واختار هذه اللغة الكسائي: و(الشرا): طريق في سلمى كثير الأسد (ويستبيلها) يأخذ بولها في يده، وقيل: يأخذ أولادها وهو حسن (النجم ج٦/١٢١).

(**والمعتقة**) وهي من صدر منها العتق أوْ ورثت به. (**وأما ذوو الأرحام**) وهم كل قريب ليس بذي فرض ولا عصبة (**وهم**) عشرة أصناف (**أولاد البنات**) من الصلب أو بنات الابن (**و أولاد الأخوات وبنوهن**) أي أولاد الأخوات (**وبناتهن**) أي بنات أولاد الأخوات (**وبنات الإخوة**) لأبوين أو لأب أو لأم (**وبنات الأعمام**) لأبوين أو لأب أو لأم (**والعم للأم أي أخو الأب لأمه وأبو الأم والخال والخالة والعمة ومن أدلى بهم**) هذا معطوف على الأصناف العشرة

فلا يرثون عندنا بطريق الأصالة بل إذا فسد بيت المال كما سيأتي.

الشرح

لا أنه منهم لأن المدلي بمن لا يرث لا يرث (**فلا يرثون عندنا بطريق الأصالة بل**) يرثون (**إذا فسد بيت المال كما سيأتي**) الكلام على بيان إرثهم في آخر كتاب الفرائض.

** ** **

وموانع الإرث أربعة، الأول: القتل، فمن قتل مورثه لم يرثه سواء قتله بحق كالقصاص أو في الحد أو بغيره خطأ كان، أو كان عمداً مباشرة كان أو سبباً مثل أن يشهد عليه بما يوجب القصاص، أو حفر بئراً فوقع فيها، والحاصل أنه لا يرثه متى كان له مدخل في قتله بأي طريق كان ....

الشرح

(موانع الإرث)

(**وموانع الإرث أربعة، الأول: القتل**) وهو مانع من جانب القاتل فقط (**فمن قتل مورثه لم يرثه سواء قتله بحق كالقصاص أو في الحد**) بالرجم (**أو بغيره**) أيْ بغير حق (**خطأ كان**) القتل (**أو كان عمداً مباشرة كان**) القتل كأنْ رمى صيداً فأصاب مورثه (**أو سبباً مثل أن يشهد عليه بما يوجب القصاص**) سواء كان القاتل مكلفاً أم لا مختاراً أم مكرهاً لعموم ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أنَّ النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال «ليس للقاتل من الميراث شيء» صححه ابن عبد البر في كتاب «الإشراف على ما في الفرائض من الاختلاف» وصححه غيره وتلقاه العلماء بالقبول (النجم ج٦/١٧٤ ـ ١٧٥)، (**أو حفر بئراً فوقع**) الموروث (**فيها**) أو عثر الموروث بحجر وضعه في الطريق وكذا لو كان نائماً فانقلب على ابنه فقتله أو وقع عليه من علو فقتله فلا يرثه على الأصح. (**والحاصل أنه لا يرثه متى كان له مدخل في قتله بأي طريق كان**) والأصل في ذلك كله قوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «ليس للقاتل من الميراث شيء» والمعنى فيه تهمة الاستعجال في بعض الصور وهي ما إذا قتله عمداً فأفضتْ المصلحة إلى حرمانه من الإرث عملاً بقاعدة من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه، وسداً للباب في الباقي كما في النائم والطفل ونحوهما. ولا مدخل للمفتي في القتل

الثاني: الكفر، فلا يرث مسلم من كافر ولا كافر من مسلم.

ولا يرث الكافر الحربي إلا من الحربي، وأما الذمي والمعاهد والمستأمن فيتوارثون بعضهم من بعض وإن اختلفت مللهم ودارهم ....

الشرح

لأنه ليس بملزم ولو أخطأ في فتواه. ولا للقاتل بالعين ولا بالحال ولا من أحبل زوجته فماتت بولادة وعند الحنفية كل قتل أوجب الكفارة منع الإرث كالقتل الخطأ أو شبه العمد أو قاتل العمد العدوان ويرث قاتل الخطأ من المال دون الدية وعند الحنابلة كل قتل أوجب قصاصاً أو دية أو كفارة يمنع الإرث وما لا فلا. وتفاصيل هذه الأحكام محلها مطولات الفقه (فتوحات الباعث ٤٧ ـ ٤٨).

(**الثاني**) من موانع الإرث (**الكفر**) وهو مانع من الجانبين (**فلا يرث مسلم من كافر ولا كافر من مسلم**) لخبر الصحيحين «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم» ولانقطاع الموالاة بينهما وانعقد الإجماع على أنَّ الكافر لا يرث المسلم. واختلفوا في توريث المسلم منه، فالجمهور على المنع، وقيل: نرثهم كما ننكح نساءهم ولا ينكحون نساءنا. وفرق الأول بأن التوارث مبني على الموالاة والمناصرة ولا موالاة بين المسلم والكافر بحال وأما النكاح فمن نوع الاستخدام (المغني ج٣/٣١).

(**ولا يرث الكافر الحربي إلا من الحربي**) سواء كانا متفقي الدار أو مختلفيها وعند الحنفية لا توارث بين حربيين مختلفين في الدار فعندهم لا يرث الحربي الرومي مع الحربي الهندي وعندنا لا اعتبار لاختلاف الدارين.

(**وأما الذمي والمعاهد والمستأمن فيتوارثون بعضهم من بعض وإنْ اختلفت مللهم**) كالنصراني واليهودي والمجوسي (**ودارهم**) أي محل سكناهم، ولا توارث بين ذمي وحربي في الأظهر عندنا وعند الحنفية لعدم الموالاة بينهما

وأما المرتد فلا يرث ولا يورث.
والثالث: الرق، فالرقيق لا يرث ولا يورث ومن بعضه حر لا يرث لكن يورث بما جمعه ببعضه الحر.
الرابع: استبهام وقت الموت فإذا مات متوارثان ....

الشرح

(فتوحات الباعث ص ٥١).

(**وأما المرتد فلا يرث ولا يورث**) لا بِقرابة ولا بغيرها فلو ارتد متوارثان إلى النصرانية مثلاً امتنع التوارث بينهما لأنهما لا يُقران على ما انتقلا إليه ولا عبرة بالموالاة بينهما لأنها حينئذ كالعدم (فتوحات الباعث ص ٥١ ـ ٥٢).

(**والثالث**) من موانع الإرث (**الرق**) وهو مانع من الجانبين، وهو لغة: العبودية والشيء الرقيق، وشرعاً: عجز حكمي يقوم بالإنسان بسبب الكفر (فتوحات الباعث مع حذف ص٤٨). (**فالرقيق**) بجميع أنواعه التي هي القن والمدبر والمعلق عتقه بصفة والموصى بعتقه وأم الولد والمكاتب (فتوحات الباعث ص ٤٨).

(**لا يرث ولا يورث**) لأنَّه لو ورث لكان الإرث لسيده وهو أجنبي عَنْ الميت ولا يورث لأنه لا يملك شيئاً ولو ملكه سيده وما تحت يده من الأكساب ملكٌ لسيده (فتوحات الباعث ص ٤٨).

(**ومن بعضه حر لا يرث لكنْ يورث بما جمعه ببعضه الحر**) على الأرجح عندنا ومقابله أنها توزع تركته بين ورثته ومالك بعضه على نسبة الرق والحرية وعند الحنفية والمالكية لا يرث المبعض ولا يورث كالقن وما ملكه ببعضه الحر يكون لمالك بعضه الرقيق تغليباً لجانب الرق (فتوحات الباعث ص٤٨).

(**الرابع**) من موانع الإرث (**استبهام وقت الموت فإذا مات متوارثان**

بغرق، أو تحت هدم، ولم يعلم السابق منهما لم يرث أحدهما من الآخر.

الشرح

بغرق) أو حرق **(أو تحت هدم)** أو في بلاد غربة **(ولم يعلم السابق منهما)** سواء علم موتهما معاً أم جهل السبق والمعية أم علم السبق ولم يتعين السابق **(لم يرث أحدهما من الآخر)** لأنه لم يعلم حياته عند موت صاحبه فأشبه الجنين إذا خرج ميتاً وقد أشار مالك في الموطأ إلى إجماع الصحابة فيه فإن عُلم السابق ثم نسي وقف الميراث حتى يتبين الحال أو يصطلح ورثتهما وفيه وجه أنه لا يرث أحدهما الآخر كما في الأحوال الثلاثة اهـ (شرح التنبيه ج٢/٥٧٨).

** ** **

فصل في ميراث أهل الفروض

أعني الفروض الستة المذكورة في القرآن وهي: النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس، وهي لعشرة: الزوجان والأبوان والبنات وبنات الابن والأخوات والجد والجدات والإخوة والأخوات من الأم فأما الزوج فله النصف مع عدم ولد أو ولد ابن ....

الشرح

(فصل في ميراث أهل الفروض)

جمع فرض والمراد هنا الأنصباء، (**أعني الفروض الستة المذكورة في القرآن**) والفرض السابع الذي هو ثلث الباقي في المسألتين الغراوين وفي بعض صور اجتماع الجد مع الإخوة إنما ثبت بالاجتهاد من الصحابة فمن بعدهم فلا يرد على كلام المؤلف لأنَّه قيدها بالمذكورة في كتاب الله وهي كما ذكر ستة فحسب (فتوحات الباعث ص ٥٩)، (**وهي: النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس**) وأخصر عبارة لضبط الفروض المذكورة أن تقول على طريقة التوسط (الربع، والثلث، وضعف كل ونصفه) وتذكر على سبيل التدلي بقول الفرضيين (**النصف ونصفه ونصف نصفه والثلثان ونصفهما ونصف نصفهما**) وهناك طرق أخرى لا داعي لذكرها تطلب في المطولات (انظر فتوحات الباعث ص ٥٩ مع تقديم وتأخير).

(**وهي**) أي الفروض المذكورة تعطى (**لعشرة: الزوجان والأبوان والبنات وبنات الابن والأخوات والجد والجدات والإخوة والأخوات من الأم فأما الزوج فله النصف**) بشرط عدمي وهو المراد بقول المصنف، (**مع عدم ولد أو ولد ابن**) وإن سفل ذكراً كان أو أنثى من الزوج أو من غيره الخ. لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ﴾.

وارث وله الربع مع الولد أو ولد الابن وأما الزوجة فلها الربع مع عدم الولد أو ولد ابن وارث ولها الثمن مع الولد أو ولد الابن، وللزوجتين والثلاث والأربع ما للواحدة من الربع والثمن، وأما الأب فله السدس مع الابن وابن الابن، فإن لم يكن معه ابن ابن فهو عصبة كما سيأتي. وأما الأم فلها الثلث ....

الشرح

(وارث) خرج به ولد قام به مانع من نحو رق ككفر فإنه كالعدم (وله الربع مع الولد أو ولد الابن) وإن سفل ذكراً كان أو أنثى منه أو من غيره لقوله تعالى ﴿فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ ٱلرُّبُعُ﴾.

(وأما الزوجة فلها الربع) بشرط عدمي وهو المراد بقول المصنف (مع عدم الولد أو ولد ابن) وإن سفل ذكراً كان أو أنثى لقوله تعالى ﴿وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ﴾.

(وارث) خرج غير الوارث لمانع فإنه كالعدم (ولها الثمن) ويقال له ثُمين أيضاً (مع الولد أو ولد الابن) وإنْ سفل ذكراً كان أو أنثى لقوله تعالى ﴿فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم﴾. (وللزوجتين والثلاث والأربع ما للواحدة من الربع والثمن) يشتركان أو يشتركن في كل من الربع والثمن. وإنما جعل للزوج في حالتيه ضعف ما للزوجة في حالتيها لأنَّ فيه ذكورة وهي تقتضي التضعيف فكان معها كالابن مع البنت (المغني ج١٣/٣). (وأما الأب فله السدس مع الابن أو ابن الابن) ومع البنت وبنت الابن لكن مع الفرع الوارث الذكر أو الخنثى له السدس فقط ومع الفرع الوارث الأنثى له السدس فرضاً والباقي تعصيباً (فإن لم يكن معه) أي الأب (ابن) ولا ابن (ابن) ولا بنت ولا بنت ابن (فهو عصبة كما سيأتي) في العصبات، (وأما الأم فلها الثلث) بشرطين

إذا لم يكن معها ولد ولا ولد ابن ذكراً كان أو أنثى ولا اثنان من الأخوة والأخوات، سواء كانوا أشقاء أو لأب أو لأم، ولم تكن في مسألة زوج وأبوين، ولا زوجة وأبوين، فإن كان معها ولد أو ولد ابن أو اثنان من الأخوة والأخوات، فلها السدس ....

الشرح

عدميين وهما المراد بقول المصنف (إذا لم يكن معها ولد ولا ولد ابن ذكراً كان أو أنثى ولا اثنان) فأكثر (من الإخوة والأخوات) أو منهما سواء كانوا وارثين أو محجوبين بالشخص لا بالوصف إذْ المحجوب به كالعدم (فتوحات الباعث ص٦٥).

(سواء كانوا أشقاء أو لأب أو لأم) والأصل في ذلك قوله تعالى ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ فَهِمَ الصحابة من قوله إخوة: أن المراد الاثنان فصاعداً. لأنَّ التعبيرَ بالجمع عَنْ الاثنين سائغ لغةً وقد روى الحاكم عن ابن عباس أنه قال لعثمان: كيف تردها إلى السدس بأخوين وليسا بإخوة، فقال عثمان: لا أستطيع رد شيء كان قبل ومضى في البلدان وتوارث الناس به، وأشار إلى إجماعهم عليه قبل أن يظهر ابن عباس الخلاف (النجم ج٦/١٣٣ ـ ١٣٤).

(و) تأخذ الثلث إذا (لم تكن في مسألة زوج وأبوين) والميت فيها الزوجة التي هي بنتها (ولا) في مسألة (زوجة وأبوين) والميت في هذه المسألة الزوج وهو ابنها (فإن كان معها) أي الأم (ولد أو ولد ابن أو اثنان) فأكثر (من الإخوة والأخوات) أشقاء كانوا أو لأب أو لأم وارثين أو محجوبين (فلها السدس) للآية السابقة وخرج بالإخوة في رد الأم إلى السدس بنوهم فلا يحجبون الأم

وإن كانت في مسألة زوج وأبوين أو زوجة وأبوين فلها ثلث ما بقي بعد فرض الزوج أو الزوجة. والباقي للأب فيأخذ الزوج في الأولى النصف ولها السدس لأنه ثلث ما بقي والباقي للأب، وفي الثانية تأخذ الزوجة الربع والأم الربع لأنه ثلث ما بقي والباقي للأب ....

الشرح

من الثلث إلى السدس والفرق بين بني الإخوة وبني الابن أنَّ لفظ الأخ لا يطلق على ابن الأخ بخلاف لفظ الابن فإنه يطلق على ابن الابن مجازاً شائعاً وقيل حقيقة. قال تعالى ﴿يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ﴾ وأيضاً فأولاد الابن أقوى من أولاد الإخوة فلهذا لم يكن ابن الأخ كأبيه مطلقاً (فتوحات الباعث ص٦٧). **(وإن كانت)** الأم **(في مسألة)** وفيها **(زوج وأبوين أو)** فيها **(زوجة وأبوين)** وهي الغراوان أو العمريتان **(فلها ثلث ما بقى بعد فرض الزوج أو الزوجة)** وهو في الحقيقة سدس في الأولى وربع في الثانية وأبقى فيه لفظ الثلث تأدباً مع القرآن ومحافظة على لفظه **(والباقي للأب)** يأخذه بالتعصيب **(فيأخذ الزوج في الأولى النصف ولها)** أيْ الأم **(السدس لأنه ثلث ما بقى)** بعد إعطاء الزوج نصيبه **(والباقي)** وهو الثلث **(للأب وفي الثانية تأخذ الزوجة الربع والأم الربع لأنه ثلث ما بقي والباقي للأب)** وهذا هو ما قضى به عمر بن الخطاب ووافقه عثمان وابن مسعود وزيد بن ثابت رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وهو مذهب الأئمة الأربعة رحمهم الله، ووجهه: أن الأبَ والأمَ إذا اجتمعا يأخذان المال أثلاثاً وإذا زاحمهما ذو فرض كبنت فكذلك يأخذان ما فضل فيجب أن يأخذا ما بقي بعد فرض الزوجية كذلك مع أن الأصل أنه يكون للذكر ضعف ما للأنثى، فلو جعل لها الثلث مع الزوج لفضلت على الأب أو مع الزوجة لم يفضل عليها التفضيل المعهود، وقال ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا للأم الثلث كاملاً واحتج بظاهر الآية وهي قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾. وبقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي

وأما البنت المفردة فلها النصف، وللبنتين فصاعداً الثلثان ولبنت الابن فصاعداً مع بنت الصلب المفردة السدس تكملة الثلثين، . . . .

الشرح

فلأولى رجل ذكر» وأَجيب عن الآية بأنَّ المراد وورثه أبواه فقط وعن الخبر بأن العصوبة لم تتمحض في الأب، أما تأصيل المسألتين وتصحيحهما فالأولى زوج وأم وأب المسألة من ستة لأن فيها النصف وثلث الباقي ومخرج النصف اثنان وثلث الباقي ثلاثة، والحاصل من ضرب اثنين في ثلاثة ستة للزوج النصف ثلاثة وللأم ثلث الباقي واحد وهو في الحقيقة سدس وللأب الباقي اثنان، والثانية: زوجة وأم وأب المسألة من أربعة لأن فيها الربع وهو أكبر كسر في المسألة ومنه تصح للزوجة الربع واحد وللأم ثلث الباقي واحد وهو في الحقيقة ربع وللأب الباقي اثنان وقد اجتمع في هذه المسألة ربعان وهما لا يجتمعان فرضاً (فتوحات الباعث ص٧١ ـ ٧٢ مع حذف).

(وأما البنت المفردة فلها النصف) بشرطين عدميين وهما أنَّ لا يكون لها أخ معصب وأن لا يكون لها مماثل من بنت أخرى أو أكثر للميت، فلو كانت مع معصبها لكان للذكر مثل حظ الأنثيين أو بنت أخرى مماثلة لها لاشتركتا في الثلثين (فتوحات الباعث مع تقديم وتأخير ص ٦٠ ـ ٦١)، **(وللبنتين فصاعداً الثلثان)** بشرط عدمي وهو أنْ لا يكون لهما معصب من ابن للميت أو أكثر بالإجماع وسنده فيما زاد على الثنتين قوله تعالى ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ وفي البنتين قضاؤه صلى الله عليه وآله وسلم لبنتي سعد بن الربيع بالثلثين، فلو كانَ لها أو لهن معصب لكان للذكر مثل حظ الأنثيين (فتوحات الباعث ص٦٣). **(ولبنت الابن فصاعداً مع بنت الصلب المفردة)** أو مع بنت ابن أقرب منها أو منهن إذا لم يعصبها أو يعصبهن ذكر في درجتهن من أخ أو ابن عم تأخذ **(السدس تكملة الثلثين)** وهكذا كل درجة نزلت انفردت أو

وأما الأخت المفردة الشقيقة فلها النصف ولاثنتين فصاعداً الثلثان، وإن كانت من الأب فلها النصف ولاثنتين فصاعداً الثلثان وللأخت للأب فصاعداً مع الشقيقة المفردة السدس تكملة الثلثين ....

الشرح

تعددت مع انفراد ما فوقها تأخذ السدس تكملة للثلثين للإجماع ولقول ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وقد سئل عن بنت وبنت ابن وأخت، لأقضين فيها بقضاء رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للبنت النصف ولبنت الابن السدس وما بقي فللأخت. رواه البخاري وقيس على تلك كل بنت ابن نازلة فأكثر مع بنت ابن واحدة أعلى منها.

(**وأما الأخت المفردة الشقيقة فلها النصف**) إذا لم يكن لها معصب ولا مماثل ولا للميت أب ولا ولد صلب (**ولاثنتين فصاعداً الثلثان**) بأربعة شروط عدمية وهي أن لا يكون للميت أب ولا ولد صلب ولا ولد ابن وإن سفل وأن لا يكون لهما أو لهن معصّب مِنْ أخ شقيق إجماعاً أو جد خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله، فلو كان للميت أبٌ أوْ ولد صلب لحجبتا أو أنثى لكانتا عصبة أوْ كان لهما معصب لكان للذكر مثل حظ الأنثيين اهـ (فتوحات الباعث بتصرف ص٦٤).

(**وإن كانت**) الأخت للميت (من) جهة (**الأب فلها النصف**) بالشروط المتقدمة في الأخت الشقيقة ويزاد عليها أن لا يكون للميت أحدٌ مِن الأشقاء ذكراً أو أنثى فلو كان للميت أخ شقيق لحجبت أو شقيقتان لحجبت أيضا ما لم تعصب (فتوحات الباعث ص٦٢)، (**ولاثنتين**) من الأخوات للأب (**فصاعداً الثلثان**) بالشروط المتقدمة في الأختين الشقيقتين ويزاد عليها أن لا يكون للميت أحد من الأشقاء ذكراً كان أو أنثى فلو كان للميت أخ شقيق أوْ أختان شقيقتان لحجبتا (فتوحات الباعث ص٦٤). (**وللأخت للأب فصاعداً مع**) الأخت (**الشقيقة المفردة السدس تكملة الثلثين**) إن لم يكن معها أو معهن من يعصبها أو

والأخوات الأشقاء مع البنات عصبة فإن فقدن فالأخوات من الأب مثاله بنت وأخت للبنت النصف والباقي للأخت بنتان وأخت شقيقة وأخت لأب للبنتين الثلثان، والباقي للشقيقة ولا شيء للأخرى. وأما الجد فتارة يكون معه إخوة وأخوات وتارة لا، ....

الشرح

يعصبهن من الإخوة للأب ولم يكن هناك حاجب لها أو لهن من فرع وارث أو أب أو جد أو أخ شقيق قياساً على بنت الابن فأكثر مع بنت الصلب (فتوحات الباعث ص٦٩) (**والأخوات الأشقاء مع البنات**) من الصلب أو بنات الابن (**عصبة**) فلو وجدت أخت شقيقة وبنت وزوجة فالبنت لها النصف والزوجة الثمن والباقي للأخت الشقيقة.

قال في الرحبية:

والأخـــوات إن تكـــن بنـــات فهـــن معهـــن معصـــبات

(**فإن فقدن**) الأخوات الشقيقات (**فالأخوات من الأب**) يقمن في التعصيب مقامهن (**مثاله بنت وأخت**) شقيقة أو لأب (**للبنت النصف والباقي للأخت**) تأخذه بالتعصيب (**بنتان وأخت شقيقة وأخت لأب للبنتين الثلثان**) فرضاً (**والباقي للشقيقة**) تأخذه بالتعصيب

(**ولا شيء للأخرى**) وهي الأخت لأب لحجبها بالشقيقة لأن الشقيقة متى صارت عصبة مع الغير حجبت من يحجب أخوها الشقيق والأخ الشقيق يحجب الأخت للأب؛

قال في الذريعة ص ١٢:

والأخـــت إنْ بالبنـــت عصـــبوها تُســـقِط مَـــنْ يســـقطه أخوهـــا

(**وأما الجد فتارة يكون معه إخوة وأخوات**) أشقاء أو لأب (**وتارة لا**)

فإن لم يكونوا معه فله السدس مع الابن وابن الابن ومع عدمهما هو عصبة كما سيأتي. وإن كان معه إخوة وأخوات أشقاء أو لأب فتارة يكون معهم ذو فرض وتارة لا فإن لم يكن معهم ذو فرض قاسم الجد الإخوة وعصب إناثهم، ما لم ينقص ما يخصه بالمقاسمة عن ثلث جميع المال فإن نقص فإنه يفرض له الثلث ويجعل الباقي للإخوة والأخوات للذكر مثل حظ الأنثيين، مثاله: جد وأخت أو أختان أو ثلاث، أو أربع، أو جد وأخ أو أخوان

الشرح

يكون معه أخوة (**فإن لم يكونوا معه فله السدس**) فقط (مع) وجود (**الابن وابن الابن ومع عدمهما**) وعدم وجود البنت أو بنت الابن (**هو عصبة كما سيأتي**) أي يرث بالتعصيب فقط أما مع وجود البنت أو بنت الابن فيرث بالفرض ثم إن بقي شيء بعد أخذ أصحاب الفروض نصيبهم أخذه بالتعصيب. (**وإن كان معه إخوة وأخوات أشقاء أو لأب فتارة يكون معهم ذو فرض**) ممن يتصور إرثه معهم وهم الزوجان والجدتان والبنت وبنت الابن (**وتارة لا**) يكون معهم ذو فرض (**فإن لم يكن معهم ذو فرض قاسم الجد الإخوة**) الذكور (**وعصب إناثهم**) فيأخذ مثل حظ الأنثيين، (**ما لم ينقص ما يخصه بالمقاسمة عن ثلث جميع المال فإن نقص**) ما يستحقه عن ثلث جميع المال (**فإنه يفرض له الثلث ويجعل الباقي للإخوة والأخوات للذكر مثل حظ الأنثيين**) إن كانوا ذكوراً وإناثاً أو بالسوية إن كانوا ذكوراً أو إناثاً.

(**مثاله: جد وأخت**) للجد الثلثان وللأخت الثلث المقاسمة أحظ للجد (**أو**) جد (**وأختان**) له النصف ولهما النصف المقاسمة كذلك أولى له (**أو**) جد (**وثلاث**) أخوت له الخمسان ولهن ثلاثة أخماس المقاسمة أولى له من الثلث (**أو**) جد و(**أربع**) أخوات تستوي المقاسمة مع ثلث جميع المال (**أو جد وأخ**) للجد النصف وللأخ النصف الأحظ للجد المقاسمة (**أو**) جد و(**أخوان**) تستوي

أو أخ وأخت، أو أخ وأختان، فيقاسم في هذه الصور للذكر مثل حظ الأنثيين وإن كان معه ذو فرض، فُرِضَ لذي الفرض فرضه ثم يعطى الجد من الباقي..

الشرح

المقاسمة وثلث جميع المال (**أو**) جد (**وأخ وأخت**) الأفضل للجد المقاسمة كذلك والباقي للأخ والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين. (**أو**) جد (**وأخ وأختان**) تستوي المقاسمة وثلث جميع المال (**فيقاسم في**) بعض (**هذه الصور للذكر مثل حظ الأنثيين**) وفي بعضها المقاسمة أو ثلث جميع المال. **والحاصل**: أن المقاسمة خير له في خمس صور، وهي: جد وأخت، جد وأخ، جد وأختان، جد وأخ وأخت، جد وثلاث أخوات.

وضابطها: أن يكون معه من الإخوة والأخوات أقل من مثليه وتستوي المقاسمة وثلث جميع المال في ثلاث صور وهي جد وأخوان جد وأخ وأختان، جد وأربع أخوات.

وضابطها: أن يكون معه من الإخوة والأخوات مثلاه، والثلث خير له من المقاسمة فيما إذا زادوا على مثليه ولا تنحصر صوره لأنَّ الزيادة غير منحصرة وأقلها ذكوراً جد وثلاثة إخوة وإناثاً جد وخمس أخوات (انظر فتوحات الباعث ص٩٦ ـ ٩٧ مع تصرف).

(**وإن كان معه ذو فرض**) وهي الحالة الثانية؛ وأصحاب الفروض الوارثون مع الجد والإخوة ستة: البنت وبنت الابن والأم والجدة والزوج والزوجة والممكن اجتماعهم منهم أربعة: البنت وبنت الابن وأحد الزوجين وواحدة إما أم وإما جدة (النجم ج٦/ص١٦٤).

(**فُرِضَ**) أيْ قدر (**لذي الفرض فرضه ثم يعطى الجد من الباقي**) بعد

الأوفر له من ثلاثة أشياء إما المقاسمة أو ثلث ما يبقى أو سدس جميع المال مثاله زوج وجد وأخ المقاسمة خير له بنتان وأخوان وجد سدس جميع المال خير له زوجة وثلاثة إخوة وجد ثلث الباقي خير له، بنتان وأم وجد وإخوة للبنتين الثلثان وللأم السدس وللجد السدس

الشرح

إعطاء صاحب الفرض نصيبه، **(الأوفر)** أيْ الأحظ **(له من ثلاثة أشياء إما المقاسمة أو ثلث ما يبقى أو سدس جميع المال)** هكذا روي عن زيد أما السدس فنقل الأستاذ أبو منصور الإجماع على أنَّه لا ينقص عنه وأما ثلث الباقي فلأنه لو لم يكن صاحب فرض لأخذ ثلث جميع المال فإذا كان قد خرج قدر الفرض مستحقاً فيأخذ ثلث الباقي وأما المقاسمة فلأنه ينزل معهم منزلة الأخ (النجم ج٦/١٦٤).

(مثاله زوج وجد وأخ) مسألتهم من اثنين مخرج فرض الزوج وتصح من أربعة للزوج النصف وللجد الربع وللأخ الربع الآخر **(المقاسمة خير له)** من سدس جميع المال وثلث الباقي **(بنتان وأخوان وجد سدس جميع المال خير له)** أصلها من ستة لوجود مخرج السدس فللجد واحد من ستة وللبنتين الثلثان أربعة لكل واحدة اثنان يبقى واحد على اثنين لا ينقسم فيضرب اثنان في أصل المسألة فتصح مِن اثني عشر فالجد له اثنان والبنتان ثمانية واثنان للأخوين.

(زوجة وثلاثة إخوة وجد ثلث الباقي خير له) أصلها من أربعة مخرج فرض الزوجية للزوجة منها واحد تبقى ثلاثة لا تنقسم على الجد والإخوة فتضرب عدد رؤوسهم أربعة في أصل المسألة ثلاثة فتصح من اثني عشر للزوجة منها ثلاثة وللجد ثلاثة ولكل واحد من الإخوة اثنان.

(بنتان وأم وجد وإخوة للبنتين الثلثان وللأم السدس وللجد السدس

وتسقط الإخوة وإن اجتمع معه الإخوة الأشقاء والإخوة للأب فإن الأشقاء عند المقاسمة يَعُدّون على الجد الإخوة من الأب ثم يأخذون نصيبهم، مثاله جد وأخ شقيق وأخ لأب للجد الثلث والثلثان للأخ الشقيق الثلث الذي خصه بالقسمة والثلث الذي هو نصيب الأخ من الأب لأن الشقيق يحجبه فيعود نفعه إليه فإن كان الشقيق أختا فردة كمل لها الأخ من الأب النصف والباقي له، ....

الشرح

وتسقط **الإخوة)** لاستغراق ذوي الفروض التركة. **(وإن اجتمع معه)** أي الجد **(الإخوة الأشقاء والإخوة للأب)** فحكم الجد ما سبق فيكون له الأكثر من ثلث المال أو المقاسمة إذا لم يكن معهم ذو فرض وخير الأمور الثلاثة إِنْ كان كما إذا لم يكن معه إِلا أحد الصنفين.

(فإنَّ الأشقاء عند المقاسمة يَعُدُون على الجد الإخوة من الأب ثم) بعد أخذ الجد نصيبه **(يأخذون)** الأشقاء **(نصيبهم)** الذي حصل للإخوة من الأب يردونه للإخوة الأشقاء لحجبهم بالإخوة الأشقاء.

(مثاله جد وأخ شقيق وأخ لأب للجد الثلث والثلثان للأخ الشقيق الثلث الذي خصه بالقسمة والثلث الذي هو نصيب الأخ من الأب لأن الشقيق يحجبه فيعود نفعه إليه) وهذه المسألة مما لا فرض فيه وأما ما فيه فرض فكأم وجد وأخ لأبوين وأخت لأب المسألة من ستة للأم واحد والباقي خمسة المقاسمة فيها خير للجد من ثلث الباقي ومن السدس فله بها سهمان وتبقى ثلاثة للأخ الشقيق ولا شيء للأخت للأب.

(فإن كان الشقيق أختا فردة كمل لها الأخ من الأب النصف) لأنَّه فرضها **(والباقي له)** بالتعصيب والمسألة حينئذ من خمسة وتصح من عشرة للجد أربعة

ولا يفرض للأخت مع الجد إلا في الأكدرية وهي زوج وأم وجد وأخت شقيقة، فللزوج النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس استغرق المال، وليس هنا من يحجب الأخت عن فرضها فتعول المسألة بنصيب الأخت، ....

الشرح

وللشقيقة خمسة وواحد للأخ من الأب وتسمى هذه المسألة بعشرية زيد لأنها تصح عنده من عشرة وله زيديات أخرى مذكورة في المطولات. واعلم أن الجد مع الأخوات كالأخ فلا يفرض لهن معه مطلقا حيث كن اثنتين فأكثر سواء أكن لأبوين أو لأب وكذلك الأخت الواحدة لأبوين أو لأب لا يفرض لها ولا يعال لها معه (**ولا يفرض للأخت مع الجد إلا في**) المسألة (**الأكدرية**) وسيذكر المؤلف أركانها وتقسيمها مفصلاً كما ستراه وسميت بالأكدرية لنسبتها إلى أكدر وهو المسئول عن المسألة أو لتكدر أقوال الصحابة فيها أو لأنَّها كدرت على زيد أصله لأنه لا يفرض للأخوات مع الجد ولا يعيل مسائل الجد والإخوة وقد فعل ذلك هنا أو لأنَّ زيداً كدر على الأخت ميراثها لأنه أعطاها النصف ثم استرجعه أقوال وقيل غير ذلك (فتوحات الباعث ص١٠٥).

(**وهي زوج وأم وجد وأخت شقيقة**) أو لأب أصلها من ستة لأنَّ فيها نصفا وثلثا ومخرجهما متباينان (**فللزوج النصف**) الفاءُ فاء الفصيحة لأنها أفصحت عن جواب شرط مقدر أيْ إذا عرفت أركانها وأصلها وأردت أن تعرف ما لكل منها فللزوج النصف وهو ثلاثة (**وللأم الثلث**) اثنان (**وللجد السدس**) واحد فرضاً ولا ينافيه أنَّه إنما يأخذ بالفرض إذا كان هناك فرع وارث لأنَّ بابَ الجد والأخوة خارج عَنْ القياس فخروج هذه الصورة منه لا يضر، (**استغرق**) الزوج والأم والجد (**المال**) كله ولم يبق منه شيء (**وليس هنا من يحجب الأخت عن فرضها**) وهو النصف (**فتعول المسألة بنصيب الأخت**) من

ة إلى تسعة لأن مجموع الفروض كذلك (**فتقسم من تسعة للزوج ثلاثة من**
سعة وللأم اثنان يبقى أربعةٌ وهي نصيب الأخت والجد وتقسم بينها وبينه) أي
حد.

(**للذكر مثل حظ الأنثيين**) فتكسر على مخرج الثلث فتضرب ثلاثة في
عة فتبلغ بذلك سبعة وعشرون للزوج تسعة وللأم ستة وللجد ثمانية وللأخت
عة.

وإنما يفرض للأخت معه في هذه الصورة لأنَّ الجد رجع إلى أصل فرضه
سبيل إلى إسقاط فرضه، فرجعت هي أيضاً إلى فرضها، وإنما قسم بينهما،
ه لا سبيل إلى تفضيلها على الجد في سائر مسائله ففرض لهما بالرحم وقسم
هما بالتعصيب رعاية للجانبين وبها يمتحن فيقال ميت خلف أربعة من الورثة
ز أحدهم ثلث المال والثاني الباقي، والثالث ثلث باقي الباقي والرابع الباقي
جواب هذه هي الأكدرية والأول الزوج، والثاني الأم، والثالث الأخت،
رابع الجد والحساب غير خافٍ، أما محترز أركانها فلو لم يكن فيها زوج
نت الخرقاء وهي أم وجد وأخت شقيقة أو لأب، ولو لم يكن فيها أم فللزوج
صف والباقي بين الجد والأخت أثلاثاً. ولو لم يكن فيها جد كانت المباهلة
لم تكن فيها أخت كان للزوج النصف وللأم الثلث، والباقي وهو السدس
جد، ولو كان بدل الأخت أخ لسقط إذ لا فرض له ينقلب إليه. ولو كان بدلها
نان أو أخ وأخت أو إخوة أو أخوات لحجبت الأم من الثلث إلى السدس
ان السدس الذي حجبت عنه الأم للإخوة (فتوحات الباعث ص ١٠٥ ـ ١٠٦
١٠). والله أعلم.

وأما الجدة فإن كانت أم الأم أو أم أم الأم وهكذا أو أم الأب أو أم أم الأب وهكذا أو أم أبي الأب وهكذا فلها السدس، وإن اجتمع جدتان في درجة فلهما السدس، مثل أم أب وأم أم، أو أم أم أبٍ، وأم أبي أب، وإن كانت إحداهما أقرب فإن كانت القربى من جهة الأم أسقطت البعدى، مثل أم أم، وأم أم أب وإن كانت من جهة الأب لم تسقط البعدى، بل يشتركان ....

الشرح

(وأما الجدة فإن كانت أم الأم أو أم أم الأم وهكذا أو أم الأب أو أم أم الأب وهكذا أو أم أبي الأب وهكذا فلها السدس) روى أبو داود عن قبيصة بن دؤيب قال: جاءت الجدة إلى أبي بكر تسأله ميراثها فقال: مالك في كتاب الله شيء وما علمت لك في سنة رسول الله شيئاً فارجعي حتى اسأل، فقال المغيرة بن شعبة شهدت رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أعطاها السدس، فقال: هل معك غيرك؟ فقال محمد بن مسلمة الأنصاري، فقال مثل ما قال المغيرة فأنفذ لها أبوبكر السدس، ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر تسأله ميراثها، فقال: مالك في كتاب الله شيء وما كان القضاء الذي قضى به إلا لغيرك وما أنا بزائد في الفرائضِ شيئاً ولكن هو ذلك السدس فإن اجتمعتما فهو لكما، وأيتكما خلت فهو لها. اهـ (شرح التنبيه ٥٧٩/٢ ـ ٥٨٠).

(وإن اجتمع جدتان في درجة فلهما السدس) لقول عمر فإن اجتمعتما فهو لكما (مثل أم أبٍ وأم أم، أو أم أم أبٍ، وأم أبي أب وإن كانت إحداهما أقرب) من الأخرى في الدرجة (فإن كانت القربى من جهة الأم أسقطت البعدى) من جهة الأب (مثل أم أم، وأم أم أب) كما أنَّ الأمَّ تحجب أم الأب، (وإن كانت) القربى (من جهة الأب لم تسقط البعدى) من جهة الأم في الأظهر (بل يشتركان)

في السدس مثل أم أب وأم أم، وأما الجدة التي هي أم أبي الأم فلا ترث، بل هي من ذوي الأرحام كما سبق، وأما الإخوة والأخوات من الأم فللواحد منهم السدس وللاثنين فصاعداً الثلث ذكورهم وإناثهم فيه سواء، فتلخص من ذلك أنَّ النصف فرض خمسة الزوج في حالة والبنت

الشرح

في السدس مثل أم أب، وأم أم) وإنما لم تسقط لأن الأب لا يحجب الجدة من جهة الأم وهو يحجب أم نفسه فلأن لا تحجبها الجدة التي تدلى به أولى، وبهذا قال مالك وأحمد.

والثاني وهو مقابل الأظهر تحجبها كما لو كانت من جهة الأم وبه قال أبو حنيفة والقولان سببهما اختلاف الرواية عن زيد فالأول رواه أهل المدينة عنه، والثاني رواه أهل الكوفة فلهذا رجح الأول لأنهم أهل بلده قال صاحب (التقريب)، فإذا قلنا بالقول الأظهر فالسدس بينهما نصفين (النجم ج٦/١٤١).

(وأما الجدة التي هي أم أبي الأم فلا ترث) كما لايرث ذلك الذكر الذي أدلت به (بل هي من ذوي الأرحام كما سبق) قال صاحب الرحبية:

وكل من أدلت بغير وارث ... فمالها حظ من الموارث

(وأما الإخوة والأخوات من الأم فللواحد منهم السدس وللاثنين فصاعداً الثلث ذكورهم وإناثهم فيه سواء) قال الله تعالى ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ۚ فَإِن كَانُوٓا۟ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾ نزلت في ولد الأم. وكان سعد بن أبي وقاص يقرأ «وله أخ أو أخت» من أم رواه البيهقي.

(فتلخص من ذلك) أي تحصل لنا (أنَّ النصف فرض خمسة الزوج في حالة) وهي ما إذا لم يكن للزوجة فرع وارث (والبنت) إذا لم يكن لها معصب

وبنت الابن والأخت الشقيقة أو لأب، والربع فرض اثنين الزوج في حالة، والزوجة في حالة، والثمن فرض الزوجة في حالة والثلثان فرض أربعة: البنات فصاعداً أو بنات الابن فصاعداً، والأختان فصاعداً الشقيقتان أو للأب. والثلث فرض اثنين الأم في حال واثنان فأكثر من ولد الأم، ....

الشرح

ولا مماثل، **(وبنت الابن)** إذا لم يكن للميت فرع وارث ولا لها معصّب ولا مماثل ولا بنت ابن أقرب منها **(والأخت الشقيقة)** إذا لم يكن للميت أب ولا جد ولا فرع وارث ولا لها معصِّب ولا مماثل أو **(لأب)** إذا لم يكن للميت أب ولا جد ولا فرع وارث ولا أحد من الأشقاء ولا لها معصِّب ولا مماثل، **(والربع فرض اثنين الزوج في حالة)** وهي وجود الفرع الوارث للزوجة **(والزوجة في حالة)** وهي ما إذا كان الزوج ليس له فرع وارث **(والثمن فرض الزوجة في حالة)** وهي ما إذا كان للزوج فرع وارث.

(والثلثان فرض أربعة: البنات فصاعداً) بشرط أن لا يكون لهما معصب **(أو بنات الابن فصاعداً)** بشرط أن لا يكون للميت ولد صلب وأن لا يكون لهما معصب.

(والأختان فصاعداً الشقيقتان) بثلاثة شروط أن لا يكون للميت ولد صلب وأن لا يكون له ولد ابن وإن سفل، وأن لا يكون لهما أو لهن معصِّب **(أو للأب)** بأربعة شروط الثلاثة التي في الأختين الشقيقتين ويزاد عليها أن لا يكون للميت أحد من الأشقاء.

(والثلث فرض اثنين الأم في حال) وهي ما إذا لم يكن للميت فرع وارث ولا عدد من الإخوة والأخوات. **(واثنان فأكثر من ولد الأم)** إذا لم يحجبوا

وقد يفرض للجد مع الإخوة والسدس فرض سبعة: الأب في حالة والجد في حالة والأم في حالة والجدة في حالة ولبنت الابن فصاعداً مع بنت الصلب ولأخت أو أخوات لأب مع شقيقة فردة ولواحد من الأخوة للأم.

الشرح

ويحجبهم أصل ذكر أو فرع وارث (**وقد يفرض**) الثلث (**للجد مع الإخوة**) إذا زاد الإخوة على ما مثيله كجد وعشرة إخوة مثلاً.

(**والسدس فرض سبعة: الأب في حالة**) وهي ما إذا كان للميت فرع وارث ذكراً أو أنثى (**والجد في حالة**) وهي ما إذا كان للميت فرع وارث ذكراً كان أو أنثى وفي بعض صور الجد والإخوة في حالة وجود صاحب فرض (**والأم في حالة**) وهي ما إذا كان للميت فرع وارث أو عدد من الإخوة والأخوات.

(**والجدة في حالة**) وهي ما إذا انفردت ولم تحجب، (**ولبنت الإبن فصاعداً مع بنت الصلب**) الواحدة (**و**) يفرض السدس (**لأخت أو أخوات لأب مع شقيقة فردة**) تكملة للثلثين (**ولواحد من الإخوة للأم**) ذكراً أو أنثى بشرط أن لا يحجب ويحجبه أصل ذكر أو فرع وارث كما سيأتي.

** ** **

فصل في الحجب

لا يرث الأخ من الأم مع أربعة: الولد وولد الابن ذكراً كان أو أنثى، والأب والجد، ولا يرث الأخ الشقيق مع ثلاثة: الابن وابن الابن،

الشرح

(فصل في الحجب)

وهو لغة: المنع، وشرعاً: منع من قام به سبب الإرث من الإرث بالكلية أو من أوفر حظية ويسمى الأول حجب حرمان، والثاني: حجب نقصان، فالثاني كحجب الولد الزوج من النصف إلى الربع، ويمكن دخوله على جميع الورثة.

والأول قسمان: حجب بالوصف ويسمى منعاً كالقتل والرق ويمكن دخوله على جميع الورثة أيضاً، وحجب بالشخص وهو المراد بهذا الفصل (المغني ج٣/١٥ مع حذف).

(لا يرث الأخ من الأم مع أربعة الولد وولد الابن ذكراً كان أو أنثى) لمفهوم آية الكلالة الأولى في سورة النساء وهي قوله تعالى ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ۚ فَإِن كَانُوٓاْ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾ الآية لأنَّ الكلالة ميت لم يخلف ولداً ولا والداً (فتوحات الباعث ص٨٩).

(والأب والجد) وإن على أما الأم فلا تحجبهم وإن أدلوا بها لأنَّ شرط حجب المدلي بالمدلى به: اتحاد جهتهما كالجد مع الأب والجدة مع الأم، أو استحقاق المدلى به كل التركة لو انفرد كالأخ مع الأب، والأم مع ولدها ليست كذلك لأنها تأخذ بالأمومة وهو بالأخوة ولا تستحق جميع التركة إذا انفردت.

(ولا يرث الأخ الشقيق مع ثلاثة الابن وابن الابن) وإن نزل لتقدم جهتهما

والأب ولا يرث الأخ من الأب مع أربعة هؤلاء الثلاثة والأخ الشقيق، ولا يرث ابن الابن فسافلاً مع الابن، ولا مع ابن ابن أقرب منه ولا الجدات كلهن من أي جهة كن مع الأم، ولا الجد والجدة التي من جهة الأب مع الأب، وإذا استكمل البنات الثلثين لم ترث بنات الابن، إلا أن يكون في درجتهن أو أسفل منهن ذكر يعصبهن للذكر مثل حظ الأنثيين؛

الشرح

على جهته (**والأب**) لإدلائه به ولتقدم جهته.

(**ولا يرث الأخ من الأب مع أربعة هؤلاء الثلاثة**) لأنهم إذا حجبوا الشقيق فهو أولى (**والأخ الشقيق**) لقوته بزيادة القرب، ولخبر «أعيان بني الأم يتوارثون دون بني العلات يرث الرجل أخوه لأبيه وأمه دون أخيه لأبيه» حسنه الترمذي.

(**ولا يرث ابن الابن فسافلاً مع الابن**) لأنه إن كان أباه فلإدلائه به أو عمه فلأنَّه أقرب منه (**ولا مع ابن ابن أقرب منه**) كابن ابن وابن ابن ابن، (**ولا**) ترث (**الجدات كلهن من أي جهة كن مع الأم**) لأن الجدات يرثن بجهة الأمومة والأم أقرب مَنْ في تلك الجهة فتحجب كل من ترث بالأمومة كما أن الأب يحجب كل مَن يرث بالأبوة.

(**ولا**) يرث (**الجد والجدة التي من جهة الأب مع الأب**) لإدلائهما به لأنَّ من أدلى بشخص لا يرث مع وجوده إلا أولاد الأم.

(**وإذا استكمل البنات الثلثين لم ترث بنات الابن**) بالإجماع كما قاله ابن المنذر (**إلا أن يكون في درجتهن أو أسفل منهن ذكر يعصبهن**) فالباقي حينئذ (**للذكر مثل حظ الأنثيين**) إذ لا يمكن إسقاطه لأنه عصبة ذكر ولا إفراده بالميراث عمن في درجته ولا عمن فوقه من باب أولى أما الأعلى فيسقطن به.

مثاله: بنتان وبنت ابن للبنتين الثلثان ولا شيء لبنت الابن، فلو كان معها ابن ابن أوابن ابن ابن، كان الباقي لها وله للذكر مثل حظ الأنثيين وإذا استكملت الأخوات الأشقاء الثلثين لم ترث الأخوات من الأب إلا أن يكون معهن أخ لهن فيعصبهن للذكر مثل حظ الأنثيين ومن لا يرث أصلا لا يحجب أحداً ومن يرث لكنه محجوب لا يحجب أيضاً حجب حرمان لكنَّه قد يحجب حجب تنقيص مثل الإخوة من الأم مع الأب والأم لا يرثون ويحجبون الأم من الثلث إلى السدس، ومتى زادت الفروض على السهام أعيلت بالجزء الزائد.........................

الشرح

(مثاله) أي مثال حجب بنات الابن بالبنتين فأكثر (**بنتان وبنت ابن للبنتين الثلثان ولا شيء لبنت الابن**) لحجبها بهما والباقي وهو الثلث يرد على البنتين (**فلو كان معها**) أي بنت الابن (**ابن ابن**) في درجتها (**أو ابن ابن ابن**) أسفل منها (**كان الباقي**) وهو الثلث (**لها وله للذكر مثل حظ الأنثيين وإذا استكملت الأخوات الأشقاء الثلثين لم ترث الأخوات من الأب إلا أن يكون معهن أخ لهن فيعصبهن للذكر مثل حظ الأنثيين**) كما ذكر في بنات الابن مع البنات إلا إنه هنا لا يعصبهن ذكر أسفل منهن وهو ابن الأخ بل يسقطن ويأخذ ما بقي والفرق أنه لا يعصب أخواته فلا يعصب عماته وابن الابن يعصب أخواته فيعصب عماته. (**ومن لا يرث أصلاً**) لمانع من رق أو نحوه (**لا يحجب أحداً**) حرماناً ولا نقصاناً. (**ومن يرث لكنه محجوب**) حجب حرمان (**لا يحجب**) غيره (**أيضاً حجب حرمان لكنه قد يحجب**) غيره من الورثة (**حجب تنقيص مثل الإخوة من الأم**) أو الإخوة الأشقاء أو من الأب كذلك (**مع الأب والأم لا يرثون ويحجبون الأم من الثلث إلى السدس**) والباقي للأب لأنهم محجوبون به.

(**ومتى زادت الفروض على السهام أعيلت بالجزء الزائد**) لأنَّ عمر حكم

مثل مسألة المباهلة وهي زوج وأم وأخت شقيقة فللزوج النصف وللأخت النصف استغرق المال والأم لا تحجب فيفرض لها الثلث فتعال بفرض الأم، فتنقسم من ثمانية: للزوج ثلاثة وللأخت ثلاثة وللأم اثنان.

الشرح

بذلك بمشورة الصحابة ووجهه أنَّه لا يمكن إسقاط بعضهم ولا تقديمه وقد ضاقت الفروض عليهم فأعيلت ليدخل النقص على الجميع جملة واحدة كأصحاب الديون والوصايا إذا ضاق المال عن قدر حقوقهم (**مثل مسألة المباهلة وهي زوج وأم وأخت شقيقة فللزوج النصف وللأخت النصف استغرق المال**) جميع التركة (**والأم لا تحجب فيفرض لها الثلث فتعال**) الفريضة (**بفرضِ الأم**) وهو سهمان زيادة على الستة التي هي أصل المسألة من ضرب اثنين مخرج النصف في ثلاثة مخرج الثلث فتصير بعولها من ثمانية.

(**فتنقسم من ثمانية: للزوج ثلاثة وللأخت ثلاثة وللأم اثنان**) وتسمى هذه المسألة بالمباهلة من البَهل، وهو اللعن، وقيل إنها أول فريضة أعيلت في زمن عمر، وكان ابن عباس صغيراً فلما كبر أظهر الخلاف بموت عمر وجعل للزوج النصف وللأم الثلث وللأخت ما بقي، ولا عول حينئذ، فقيل له: لِمَ لَمْ تقل هذا لعمر؟ فقال: كانَ رَجلاً مهاباً فهبته، ثم قال: إن الذي أحصى رمل عالج عدداً لم يجعل في المال نصفا ونصفاً وثلثاً ذهب النصفان بالمال فأين موضع الثلث، ثم قال له علي: هذا لا يغني عنك شيئاً لو مُتُّ أو مُتّ لقسم ميراثنا على ما عليه الناس من خلاف رأيك. قال: فإن شاءوا فلندع أبناءنا وأبناءهم ونساءنا ونساءهم وأنفسنا وأنفسهم ثم نبتهل فنجعل لعنة الله على الكاذبين، فسميت المباهلة بذلك (المغني ج٣/٤٢).

** ** **

فصل في العصبات

والعصبة من يأخذ جميع المال إذا انفرد، أو ما يفضل عن صاحب الفرض إذا اجتمع معه، فإن لم يفضل عن صاحب الفرض شيء سقطت العصبات. وأقربهم الابن ثم ابن الابن وإن سفل ثم الأب ثم الجد وإن علا والأخ..

الشرح

(فصل في العصبات)

أي في بيان إرثهم وهي ثلاثة أقسام:

القسم الأول: عاصب بنفسه وهو ذو الولاء وذكر قريب لم يدل إلى الميت بأنثى فقط.

القسم الثاني: عاصب بغيره وهو أنثى ذات سهم عصبها ذكر.

القسم الثالث: عاصب مع غيره وهو أنثى ذات سهم عصبها اجتماعها مع غيرها (فتوحات الباعث باختصار ص٧٢).

(**والعصبة من يأخذ جميع المال إذا انفرد**) للإجماع المستند بالنظر إلى بعض أفراد العاصب وهو الأخ لغير أم إلى قوله تعالى: ﴿**وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ**﴾ وإلى القياس على الأخ بالنظر إلى الباقين وهذا الحكم مختص بالعاصب بنفسه لأنه لا يتأتى انفراد العاصب بغيره ولا العاصب مع غيره. (**أو**) يأخذ (**ما يفضل**) أي يزيد (**عن صاحب الفرض إذا اجتمع معه**) لقوله ﷺ «**الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر**»، (**فإن لم يفضل عن صاحب الفرض شيء**) من التركة (**سقطت العصبات**) إلا الأخت في الأكدرية وقد تقدم ذكرها.

(**وأقربهم الابن ثم ابن الابن وإن سفل ثم الأب ثم الجد وإن علا والأخ**

للأبوين ثم لأب ثم ابن الأخ لأبوين ثم ابن الأخ للأب ثم العم ثم ابنه وإن سفل ثم عم الأب ثم ابنه وهكذا فإن لم يكن له عصبات نسب فعصبات الولاء، فمن عتق عليه عبد إما بإعتاق أو تدبير أو كتابة أو استيلاد أو غير ذلك، فولاؤه له فإذا مات هذا العتيق وليس له وارث ذو فرض ولا عصبة ورثه المعتق بالولاء، فإن كان المعتق ميتاً انتقل الولاء إلى عصباته دون سائر الورثة،..........................

الشرح

للأبوين ثم لأب ثم ابن الأخ لأبوين ثم ابن الأخ للأب ثم العم ثم ابنه وإن سفل ثم عم الأب ثم ابنه وهكذا) أي يقدم ابن عم الأب وإن سفل ولا يعدل إلى عم الجد إلا إن فقد ابن عم الأب وإِنْ سفل حتى لو كانَ ابن ابن ابن عم لأب قدم على عم الجد. (**فإن لم يكن له**) أيْ الميت (**عصبات نسب فعصبات الولاء**) يرجع إليها عند فقد عصبات النسب.

(**فمن عتق عليه عبد إما بإعتاق أو تدبير**) بأنْ قال السيد لعبده أنت حر بعد موتي (**أو كتابة**) كأنْ قال السيد لعبده كاتبتك على مائة درهم في شهرين فأدَّاها (**أو استيلاد**) منه لجارية فعتقت (**أو غير ذلك**) كالتعليق بصفة (**فولاؤه**) أيْ العبد (**له**) أيْ لسيده (**فإذا مات هذا العتيق وليس له وارث ذو فرض ولا عصبة**) من جهة النسب (**ورثه المعتق بالولاء**) رجلاً كان المعتق أو امرأة لإطلاق قوله ﷺ «إنما الولاء لمن أعتق ولأنَّ الإنعام بالإعتاق موجود من الرجل والمرأة فاستويا في الإرث وحكى ابن المنذر فيه الإجماع وإنما قدم النسب عليه لقوته ويرشد إليه حديث: «الولاء لحمة كلحمة النسب» شبه به، والمشبه دون المشبه به (المغني ج٣/٢٦). (**فإن كان المعتق ميتاً انتقل الولاء إلى عصباته**) من النسب المتعصبين بأنفسهم كابنه وأخيه (**دون سائر الورثة**)

يقدم الأقرب فالأقرب على الترتيب المتقدم، إلا أنَّ الأخ يشارك الجد وهنا الأخ مقدم على الجد فإن لم يكن للمعتق عصبة نسب انتقل إلى معتق المعتق ثم إلى عصبته، وللمعتق أيضاً الولاء على أولاد العتيق،

الشرح

كابنته وأخته ولو مع أخويهما المعصبين لهما، لأنهما من أصحاب الفروض، ولا للعصبة مع غيره والمعنى فيه كما قاله ابن سريج أن الولاء أضعف من النسب المتراخي وإذا تراخى النسب ورث الذكور دون الإناث كبني الأخ وبني العم دون أخواتهن فإذا لم ترث بنت الأخ وبنت العم فبنت المعتق أولى أنْ لا ترث لأنَّهما أبعد منهما (المغني ج٣/٢٦). **(يقدم الأقرب فالأقرب على الترتيب المتقدم)** في النسب كما قدمنا بيانه **(إلا أنَّ الأخ يشارك الجد)** في باب النسب **(وهنا الأخ)** للمعتق ومثله ابن المعتق **(مقدم)** عند المالكية وعلى الأظهر عند الشافعية (فتوحات الباعث ص١١١)، **(على الجد)** فلا شيء له مع وجودهما لأنهما يدليان بالبنوة والجد يُدْلي بالأبوة والبنوة أقوى من الأبوة وكان مقتضى هذا تقديمهما عليه في النسب لكن صدنا عن ذلك الإجماع (فتوحات الباعث ص ١١١).

(فإن لم يكن للمعتق عصبة نسب انتقل) إرثه **(إلى معتق المعتق ثم)** إنْ لم يكن معتق المعتق موجوداً **(إلى عصبته)** أيْ عصبة معتق المعتق **(وللمعتق أيضاً الولاء على أولاد العتيق)** بشرطين: أحدهما: أن لا يمس الرق ذلك الفرع فإن كان رقيقاً وعتق فولاؤه لمعتقه ثم لعصبته من بعده ثم لمعتق معتقه باتفاق الأئمة الأربعة فإن لم يوجدوا فلبيت المال ولا ولاء عليه لمعتق الأصل بحال. والثاني: أن لا يكون الأبُ حر الأصل لا ولاء عليه فمن كان أبوه كذلك سواء كانت أمة حرة الأصل أو عتيقة لا ولاء عليه لأحد باتفاق الأئمة الأربعة (فتوحات الباعث ص١٠٩).

فيقدم معتق الأب على معتق الأم، فلو تزوج عبد بمعتقة فأتت بولد فولاؤه لمعتق الأم، فلو عتق أبوه بعد ذلك انجر الولاء من معتق الأم إلى معتق الأب. ولا ترث المرأة بالولاء إلا من عتيقها وأولاده وعتقائه فإن لم يكن للميت أقارب ولا ولاء عليه انتقل ماله إلى بيت المال إرثا للمسلمين

الشرح

(**فيقدم معتق الأب على معتق الأم**) لأنَّ الولاء فرع النسب والنسب معتبر بالأب (**فلو تزوج عبد بمعتقة فأتت بولد فولاؤه لمعتق الأم**) ما دام الأب رقيقاً (**فلو عتق أبوه بعد ذلك انجر الولاء من معتق الأم إلى معتق الأب**) لأنَّ ثبوت الولاء لموالي الأم إنما هو لضرورة لأنَّه لا ولاء على الأب فإذا عتق الأب وثبت عليه الولاء زالت الضرورة وبطل ما ثبت لموالي الأم ولا يعود إليهم بحال فلو انقرض موالي الأب عاد إلى بيت المال دون موالي الأم لأنَّ الولاء يجري مجرى النسب (فتوحات الباعث ص١١٠)، (**ولا ترث المرأة بالولاء إلا من عتيقها**) أيْ من باشرت عتقه سواء أعتقته أو عتق عليها وسواء أكان ذكراً أو أنثى (فتوحات الباعث ص١١٢)، (**وأولاده وعتقائه**) فكما يثبت لها على العتيق يثبت لها على أولاده وأحفاده وعتقائه ومن انتمى إليهم كالرجل، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً، قال ميراث الولاء للكبر من الذكور ولا يرث النساء من الولاء إلا ولا من أعتقن. ولأن الولاء مشبه بالنسب والمولى العتيق من المولى المنعم بمنزلة أخيه أو عمه ولا يرث منهم إلا الذكور خاصة والكُبر بضم الكاف وسكون الموحدة بمعنى الكبر في الدرجة لا في السن فابن المعتق مقدم على ابن ابنه وإن كان الأخير أكبر سناً (فتوحات الباعث ص١١٢).

(**فإن لم يكن للميت أقارب**) بالنسب (**ولا ولاء عليه**) لأحد (**انتقل ماله إلى بيت المال إرثا للمسلمين**) لأجل عصوبة الإسلام وقيل على جهة المصلحة

إن كان السلطان عادلاً، فإن لم يكن عادلاً رد على ذوي الفروض من غير الزوجين، على قدر فروضهم إن كان ثم ذو فرض، وإلا فيصرف إلى ذوي الأرحام فيقام كل واحد منهم مقام من يدلي به فيجعل ولد البنات والأخوات كأمهاتهم وبنات الإخوة والأعمام كآبائهم وأبو الأم والخال والخالة كالأم والعم للأم والعمة كالأب.........................

الشرح

فعلى الأول لا يصرف منه لقاتل ولا كافر ولا مكاتب (**إن كان السلطان عادلاً**) يعطي كل ذي حق حقه (**فإن لم يكن عادلاً رد على ذوي الفروض من غير الزوجين**) أمَّا الزوجان فلا يرد عليهما قال ابن سريج بالإجماع لأنَّ علة الرد الرحم وهي مفقودة فيهما. (**على قدر فروضهم إن كان ثم ذو فرض**) ففي بنت أو أخت مثلاً تأخذ النصف بالفرض والباقي بالرد وفي ابنتين أو أختين تقسم بينهما نصفين وفي بنت وأم أصلها من ستة وسهامها أربعة بجعلها أصل المسألة. (**وإلا**) إن لم يكن أهل فرض (**فيصرف إلى ذوي الأرحام**) لحديث: «الخال وارث من لا وارث له» رواه أبو داود وصححه ابن حبان والحاكم. وإنما قدم الرد عليهم لأنَّ القرابة المفيدة لاستحقاق الفرض أقوى، وإذا صرف إليهم فالأصح تعميمهم، وقيل: يخص به الفقراء منهم (المغني ج٤/١٠)، وهم عشرة أصناف: أبو الأم، وكل جد وجدة ساقطين، وأولاد البنات وبنات الإخوة، وأولاد الأخوات، وبنو الإخوة للأم، والعم للأم، وبنات الأعمام، والعمات، والأخوال، والخالات، والمدلون بهم، يورثون على مذهب أهل التنزيل (المنهاج ٣٣٨ مع زيادة).

(**فيقام كل واحد منهم مقام من يدلي به فيجعل ولد البنات**) لصلب أو بنات الابن (**و**) ولد (**الأخوات**) شقيقات أو لأب أو لأم (**كأمهاتهم وبنات الإخوة والأعمام كآبائهم وأبو الأم والخال والخالة كالأم والعم للأم والعمة كالأب**)

ولا يرث أحد بالتعصيب وثم أقرب منه، ولا يعصب أحد أخته إلا الابن وابن الابن والأخ فإنهم يعصبون أخواتهم للذكر مثل حظ الأنثيين، ويعصب ابن الابن من يحاذيه من بنات عمه ويعصب من فوقه من عماته وبنات عم أبيه إذا لم يكن لهن فرض، ولا يشارك عاصب ذا فرض إلا المشركة ....

الشرح

وعلى هذا جرى ابن كج والإمام ورجح البغوي والمتولي مذهب أهل القرابة وهو أنه إذا اختلفت درجاتهم يقدم الأقرب فالأقرب فتقدم بنت البنت على بنت بنت البنت وعلى ابن ابن البنت وإنْ لم يختلف فإن كان فيهم من يدلي بوارث قدم فتقدم بنت الابن على بنت بنت البنت قال في الروضة: الأصح الأقيس مذهب أهل التنزيل. وفي ذوي الأرحام تفصيل طويل لا يسعه هذا الشرح المختصر (**ولا يرث أحد بالتعصيب وثم أقرب منه**) كالأخ الشقيق والأخ لأب فلا يرث الأخ لأب مع الأخ الشقيق لأنه محجوب به (**ولا يعصب أحد أخته إلا الابن وابن الابن والأخ فإنهم يعصبون أخواتهم للذكر مثل حظ الأنثيين**) كما تقدم ويسمى هذا عصبة بغيرة، وأخوات غير المذكورين من ذوي الأرحام لا يرثون فرادى فلا يعصبون عند الاجتماع (**ويعصب ابن الابن**) ومثله ابن ابن الابن (**من يحاذيه من بنات عمه ويعصب**) ابن الابن أيضاً (**من فوقه من عماته وبنات عم أبيه إذا لم يكن لهن فرض**) كما تقدم وأمَّا إذا كان لهن فرض كأن مات الميت عن بنت وبنت ابن وابن ابن ابن فللبنت النصف، ولبنت الابن السدس تكملة للثلثين والباقي وهو اثنان لابن ابن الابن. (**ولا يشارك عاصب ذا فرض**) في فرضه لما فيه من الإضرار (**إلا**) في المسألة (**المشركة**) عندنا وعند المالكية كما سيأتي بيان الخلاف.

وهي زوج وأم أو جدة واثنان فأكثر من الإخوة للأم وأخ شقيق فأكثر للزوج النصف وللأم أو الجدة السدس وللإخوة للأم، الثلث يشاركهم فيه الشقيق...

الشرح

(**وهي زوج وأم أو جدة واثنان فأكثر من الإخوة للأم وأخ شقيق فأكثر**) سواء تمحضوا ذكوراً أو كان معه أو معهم أنثى أو إناث (فتوحات الباعث ٨٣).

فأصل المسألة من ستة (**للزوج النصف**) ثلاثة (**وللأم أو الجدة السدس**) واحد (**وللأخوة للأم**) اثنين كانوا أو أكثر (**الثلث**) اثنان مجموع الأنصباء ستة ولم يبق للعصبة الشقيق شيء فـ (**يشاركهم فيه**) الأخ (**الشقيق**) لاشتراكهم في القرابة التي ورثوا بها الفرض وهذا أعني التشريك بين الإخوة للأم والإخوة الأشقاء بالسوية بجعلهم كلهم كأنهم أولاد أم هو ما قضى به عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ثانياً بعد أن كان أسقطهم في العام الماضي، فقيل له في ذلك فقال: ذاك ما قضينا فيما مضى وهذا على ما نقضي أيْ الآن لأنَّ الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.

وروى أنه أراد أن يقضى بما قضى به أولاً فقال زيد بن ثابت رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ هبوا أباهم كان حماراً فما زادهم الأب إلا قرباً، وقيل قال بعض الإخوة لعمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: هبْ أن أبانا كان حجراً ملقى في اليم ولهذا سميت هذه المسألة الحمارية والحجرية. فلما قيل له في ذلك قضى فيها بالتشريك ووافقه على ذلك جماعة من الصحابة منهم عثمان وزيد بن ثابت في أشهر الروايتين عنه وابن عباس وابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وهو قول شريح وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز وابن سيرين ومسروق وطاووس والثوري ومذهب الشافعي ومالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وبه قطع أصحاب الشافعي، والذي قضى به عمر أولاً هو مروي عن علي وأبي بن كعب وأبي موسى الأشعري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وهو مذهب الإمامين أبي حنيفة وأحمد

ومتى وجد في شخص جهتا فرض وتعصيب ورث بهما كابن عم هو زوج أو ابن عم هو أخ لأم.

الشرح

بن حنبل رحمهما الله وبه قال الشعبي وابن أبي ليلى وشريك ويحيى بن آدم ونعيم بن حماد وأبو ثور وابن المنذر وداود رحمهم الله تعالى ولكلٍ من المذهبين توجيهات مذكورة في المطولات (انظر فتوحات الباعث ص٨٣ - ٨٤)، (**ومتى وجد في شخص جهتا فرض وتعصيب ورث بهما كابن عم هو زوج**) أو معتق فيأخذ النصف بالزوجية والآخر ببنوةِ العم أو بالولاء لأنَّه وارث بسببين مختلفين فأشْبَهَ ما لو كانت القرابتان في شخصين (المغني ج٣/٣٨).

(**أو ابن عم هو أخ لأم**) كأن تزوجَ رجلان أخوان امرأة فأولدها أحدهما ولداً والآخر بنتاً فالولد والبنت أخوان لأم وابنا عم فإذا ماتت البنت ورثها الولد بأخوة الأم وبعصوبة ابن العم (أنوار المسالك ص٢٨٢).

** ** **

كتاب النكاح

من احتاج إلى النكاح من الرجال ووجد أهبة ندب له، ومن احتاج وفقد الأهبة ندب تركه ....

الشرح

(كتاب النكاح)

هو لغة: الضم والوطء، وشرعاً: عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ نكاح أو نحوه وهو حقيقة في العقد مجاز في الوطء على الصحيح، وبهذا قال أحمد وهو أقرب إلى الشرع لأن أكثر ما ورد في القرآن بمعنى العقد وفي الترمذي «أعلنوا هذا النكاح واجعلُوه في المساجد». وقيل حقيقة في الوطء مجاز في العقد وإليه ذهب الحنفية، وهو أقرب للغة، وقيل حقيقة فيهما بالاشتراك كالعين وإنما ينصرف لأحدهما بقرينةٍ، ويظهر أثر الخلاف بيننا وبين أبي حنيفة في: أنَّ الوطء بالزنا هل يحرم ما حرمه النكاح أو لا؟ عندنا لا يحرمه، وعنده يحرمه وإذا علق الطلاق على النكاح عندنا يحمل على العقد لأنه الحقيقة لا الوطء إلا إذا نوى (النجم ج٧/٧ ـ ٨ مع زيادة من غيره)، والأصل فيه قبل الإجماع آيات كقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ وقوله ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا﴾، وأخبار كخبر «تناكحوا تكثروا» رواه الشافعي بلاغاً، وقوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الدنيا متاع وخير متاعها المرأة الصالحة» رواه مسلم. (**من احتاج إلى النكاح من الرجال**) بأن تتوق نفسه إلى الوطء ولو خصياً (المغني ج٣/١٦١) (**ووجد أهبة**) من مهر وكسوة فصل التمكين ونفقة يومه (المغني ج٣/١٦١)، (**ندب له**) صيانةً لدينه وتحصيناً لفرجه وغضاً لبصره ولما فيه مِنْ بقاء النسل وحفظ النسب والاستعانة على المصالح سواء أكان مشتغلاً بالعبادة أمْ لا (النجم ج٧/٩مع زيادة)، (**ومن احتاج**) إلى النكاح (**وفقد الأهبة ندب تركه**)

ويكسره شهوته بالصوم، ومن لم يحتج إلى النكاح وفقد الأهبة كره له ومن وجدها ووجد مانع به من هرم ومرض دائم لم يكره، لكن الاشتغال بالعبادة أفضل، فإن لم يتعبد فالنكاح أفضل،..............

الشرح

لخبر الصحيحين «يا معشر الشباب مَنْ استطاع منكم الباءة فليتزوج فَإِنَّه أغض للبصر وأحصنُ للفرج ومَن لم يستطع فعليه بالصوم فإن له وجاء» بالمد مع كسر الواو أي قاطع للشهوة، والباءة بالمد لغة: الجماع، وهو المراد ها هنا وقيل مؤن النكاح وعلى الأول فالمراد به معنى الثاني لأنَّ التقدير من استطاع منكم الجماع لقدرته على مؤن النكاح فليتزوج، ومَنْ لم يستطع لعجزه عنها فعليه بالصوم (المشكاة ص١٠ ـ ١١).

(ويكسر شهوته بالصوم) فإن لم تنكسر شهوته إلا بكافور ونحوه تزوج ولا يتعاطى ذلك لأنه نوع من الاختصاء، فيحرم إنْ قطع شهوته بالكلية ويكره إنْ أضعفها، وصَرَّح البغوي وغيره بكراهة التحيل لقطع شهوته، **(ومن لم يحتج إلى النكاح)** أي لم يتق إليه بعدم توقانه للوطء خلقة أو لعارض ولا علة به (التحفة ج٧/١٨٦)، **(وفقد الأهبة كره له)** النكاح لانتفاء حاجته مع التزامه ما لا يقدر عليه بلا حاجة (تحفة ج٧/١٨٦ مع المشكاة ص١٢)، **(ومن وجدها)** أيْ الأهبة **(ووجد مانع به من هرم)** وهو كبر السن **(ومرض دائم)** أو تعنين دائم بخلاف من يعن وقتا دون وقتٍ (التحفة ج٧/١٨٧)، **(لم يكره)** له النكاح والمعتمد الكراهة كما في المنهاج والمنهج لعدم حاجته مع عدم تحصين المرأة المؤدي غالباً إلى فسادها (التحفة ج٧/١٨٧)، **(لكن الاشتغال بالعبادة أفضل)** من النكاح إن كان متعبداً اهتماما بها، **(فإن لم يتعبد فالنكاح أفضل)** من تركه لئلا تفضي به البطالة إلى الفواحش.

وأما المرأة فإن احتاجت إلى النكاح ندب لها، وإلا فيكره ويندب أن يتزوج بكراً، ....

الشرح

[تَنْبِيْهٌ]: لم يتعرض المصنف رحمه الله تعالى لجميع أحكام النكاح، وحاصل أحكامه أن أصله **الإباحة** ويكون **واجباً** على من خافَ الزنا مطلقا وقيل إنْ لم يرد التسري وعلى من نذره حيث ندب لوجود الحاجة والأهبة كما اعتمده ابن حجر تبعاً لابن الرفعة وغيره خلافاً للشهاب الرملي وابنه محمد والخطيب القائلين بعدم انعقاد النذر نظراً لكون أصله الإباحة والاستحباب عارض، **ومندوباً** لمن احتاج للنكاح وَوَجدَ الأهبة وخلاف الأولى لمن فقد الأهبة مَعَ توقانه للنكاح، **ومكروهاً** لمن فقد الأهبة ولم يتق للنكاح أو وجد الأهبة وبه علة تمنعه كهرم أو مرض دائم أو تعنين دائم (النقول الصحاح على المشكاة ص١٣ ـ ١٤).

(**وأما المرأة فإن احتاجت إلى النكاح**) للتوقان أو للنفقة أو نحوهما (**ندب لها**) النكاح (**وإلا**) بأن لم تحتج إليه وهي تتعبد (**فيكره**) لها أن تتزوج لأنّها تتقيد بالزوج وتشتغل عن العبادة، وكذا يكره لها أيضاً إذا خافت مِنْ نفسها الضعف عن القيام بحق الزوج، وبحث الأذرعي وجوبه عليها إذا لم تأمن على نفسها مِنْ أهل الفجور إلا بالزوج.

(**ويندب أن يتزوج بكراً**) لخبر الصحيحين عن جابر «هلا بكراً تلاعبها وتلا عبك» إلا لعذر كضعف آلته عن الافتضاض أو احتياجه لمن يقوم على عياله ومنه ما اتفق لجابر فإنه لما قال له النبي صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «ما تقدم اعتذر له فقال إنَّ أبي قتل يوم أُحد وتركَ تسع بنات فكرهت أن أَجمَعَ إليهن جارية خرقاء مثلهن ولكن امرأة تمشطهن وتقوم عليهن، فقال صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أصبتَ» قال في الإحياء وكما يستحب نكاح البكر يستحب أن لا يزوج ابنته إلا مِن بكر لم

ولوداً، جميلة، عاقلة، دينة نسيبة، ليست قرابة قريبة فإذا عزم على نكاح امرأة، فالسنة أنْ ينظر ....

الشرح

يتزوج قطُ لأنَّ النفوسَ جُبلت على الإيناس بأولِ مألوف (المشكاة ص١٥ - ١٦). **(ولوداً)** لخبر: «تزوجوا الولود الودود فإني مباه بكمُ الأمم يوم القيامة» ويُعْرَفُ كون البكر ولوداً بأقاربها (انظر شرح المنهج ج٤/١١٨)، **(جميلة)** بحسب طبعه ولو سوداء، وتكره بارعة الجمال لامتداد الأعين لها، ولذلك قال الإمام أحمد: ما سَلِمت جميلة قط أيْ من النظر (منح الفتاح ص٢٤٩)، **(عاقلة)** والمراد بالعقل هنا القدر الزائد على مناط التكليف إذْ به تدوم الصحبة ويطيب العيش (منح الفتاح ص٢٤٩)، **(دينة)** بحيث توجد فيها صفة العدالة لا العفة عن الزنا فقط (التحفة ج٧/١٨٨)، **(نسيبة)** أَيْ طيبة الأصل لخبر «تخيروا لنطفكم» رواه الحاكم وصححه بل تكره بنتُ الزنا وبنتُ الفاسق، قال الأذرعي: ويشبه أن يلحق بهما اللقيطة ومن لا يعْرف لها أب (شرح المنهج ج٤/١٨٨).

(ليست قرابة قريبة) بأنْ تكون أجنبية أو ذات قرابة بعيدة لضعف الشهوة في القريبة فيجيء الولد نحيفاً، غير أنه يجيء كريماً على طبع قومه، والمراد بالقرابة القريبة مَن هي في أول درجات الخؤولة والعمومة، والقرابة البعيدة أولى من الأجنبية لكن ذكر صاحب البحر والبيان أنَّ الشافعي نصَ على أنَّه يسن أن لا يتزوج من عشيرته لأنَّ الغالبَ حينئذٍ على الولد الحمق فيحمل نصه على عشيرته الأدنين (شرح المنهج مع زيادة من غيره ج٤/١١٩).

[تَنْبِيْهٌ]: قال في التحفة (٧/١٩٠) ولو تعارضت تلك الصفات فالذي يظهر أنَّه يقدم الدين مطلقاً ثم العقل وحسن الخلق ثم الولادة، ثم أشرفية النسب ثم البكارة، ثم الجمال، ثم ما المصلحة فيه أظهر بحسب اجتهاده.

(فإذا عزم على نكاح امرأة) ورجا الإجابة رجاء ظاهراً **(فالسنة أن ينظر**

إلى وجهها وكفيها قبل أن يخطبها وإن لم تأذن في ذلك، وله تكرير النظر، ولا ينظر غير الوجه والكفين، ....

الشرح

إلى وجهها وكفيها) إن كانت حرة فإن كانت أمة نظر ما عدا ما بين السرة والركبة؛ كما صرح به ابن الرفعة وغيره وهما ينظران منه ما عدا ما بين السرة والركبة أيضًا، والأصل في ذلك قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للمغيرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وقد خطب امرأة «انظر إليها فإنه أحرى أنْ يؤدم بينكما» أي تدوم المودة والألفة، رواه الترمذي وحسنه والحاكم وصححه، فإن لم يتيسر له النظر بنفسه بعث من يثق به ممن يجوز نظره إليها كامرأة أو محرم يتأملها ويصفها له لأنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بعث أم سليم إلى امرأة فقال لها: انظري إلى عرقوبها وشمي عوارضها، ويكون النظر والبعثُ بعد العزمِ على نكاحها (انظر المشكاة ص (١٧ ـ ١٨ ـ ١٩).

و**(قبل أن يخطبها)** فلا يندب النظر بعد الخطبة كما اعتمده شيخ الإسلام والشيخ ابن حجر والخطيب لأنَّه قد يعرض فتتأذى هي وأهلها وأنَّه مع ذلك جائز لأن فيه مصلحة أيضاً، وقال الرملي يندب النظر وإِن خطب (انظر ع ب على التحفة ج٧/١٩١).

[تَنْبِيْهٌ]: لو رأى امرأتين معاً ممن يحرم جمعهما في النكاح لتعجبه واحدة منهما يتزوجها جاز (ترشيح المستفيدين ص ٢٩٦).

(وإن لم تأذن) هي ولا وليها **(في ذلك)** اكتفاءً بإذن الشارع قال في الروضة ويباح هذا النظر وإنْ خاف الفتنة لغرض التزوج، **(وله تكرير النظر)** إن احتاج إليه ليستثبت فلا يندم، ومن ثم لو اكتفى بنظرة حرم الزائد عليها لأنه نظرٌ أبيح لضرورة فليتقيد بها (التحفة ج٧/١٩١ مع زيادة).

(ولا ينظر غير الوجه والكفين) والحكمة في الاقتصار عليهما أنَّ الوجهَ

ويحرم أن ينظر الرجل إلى شيءٍ من الأجنبية حرة كانت أو أمة أ والأمرد الحسن ولو بلا شهوة مع أمن الفتنة،......................

الشرح

يستدل به على الجمال والكفين يستدل بهما على خصبِ البدن.

(**ويحرم أن ينظر الرجل**) البالغ العاقل المختار ولو شيخاً وعاجزاً عَنْ الوطء (المغني ج٣/١٦٦)، (**إلى شيءٍ**) وإن أبين كشعرة (**من**) المرأة (**الأجنبية**) الكبيرة (**حرة كانت أو أمة**) وإن أمن الفتنة لأن النظرَ مظنة الفتنة ومحرك للشهوة فاللائق بمحاسن الشرع سد الباب والإعراض عن تفاصيل الأحوال كالخلوة بها؛ والمراد بالكبيرة غير الصغيرة التي لا تشتهى (شرح المنهج مع تغيير في العبارة وحذف ج٤/١٢١).

[تَنْبِيْهٌ]: المعتمد حرمة النظر إلى جميع المرأة الأجنبية حتى وجهها وكفيها ولو من غير شهوة أو خوف فتنة على الصحيح وقيل لا يحرم النظر للوجه والكفين لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ وهو مفسرٌ بالوجه والكفين ولا بأس بتقليد هذا القول لاسيما في هذا الزمان الذي كثر فيه خروج النساء في الطرق والأسواق والمدارس والجامعات، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم اهـ (انظر البيجوري ج٢/٩٩ - ١٠٠ بتصرف). (**أو الأمرد**) معطوف على الأجنبية وهو الشاب الذي لم تنبت لحيته ولا يقال لمن أسنَّ ولا شعر بوجهه أمرد، بل يقال: له ثط بالثاء المثلثة (**الحسن**) حيث لا محرمية ولا ملك. (**ولو بلا شهوة**) ولو (**مع أمن الفتنة**) هذا ما اعتمده الإمام النووي، والشيخ ابن حجر وشيخ الإسلام والذي اعتمده الإمام الرافعي والإمام الرملي والشيخ الخطيب عدم الحرمة (انظر المنهاج والتحفة مع ع ب ج٧/١٩٩ مع زيادة من شرح المنهج).

وقال البلقيني ما نقله الإمام النووي لم يصرح به أحد وليس وجهاً ثانياً فإنَّ

وقيل يجوز أن ينظر من الأمة ما عدا عورتها عند الأمن، وينظر إلى زوجته وأمته حتى العورة لكن يكره نظر كل من الزوجين إلى فرج الآخر

الشرح

الموجودَ في كتب الأصحاب أنَّه إنْ لم يخف فتنة لا يحرم قطعاً فإنْ خافَ فوجهان وما ذكره عن النص مطعون فيه ولعله وقع للشافعي ذلك عند شهوة أو خوف فتنة وأما عند عدم خوفِ الشهوة وعدم خوف الفتنة فإنه لا يحرم النظر بلا خلاف، وهذا إجماع من المسلمين ولا يجوز أنْ ينسب إلى الشافعي ما يخرق الإجماع، فعلم من هذا كله أنَّ ما قاله المصنف من اختياراته لا أنَّه من المذهب (المغني ج٣/١٧٠).

(**وقيل يجوز أن ينظر**) بلا شهوة (**من الأمة ما عدا عورتها**) أي إلا ما بين السرة والركبة (عند الأمن) فإن خاف الفتنة حرم النظر قطعاً حينئذٍ لكل منظور إليه من محرم وغيره غير زوجته وأمته. (**وينظر إلى**) جميع بدن (**زوجته وأمته**) المباحة له (**حتى العورة**) ظاهراً وباطناً لأنها محل تمتعه (**لكن يكره نظر كل من الزوجين إلى فرج الآخر**) ومن نفسه بلا حاجة وإلى باطنه أشد كراهة، قالت عائشة رضي الله تعالى عنها: ما رأيت منه ولا أري منى؛ أي الفرج وأما خبر «النظر إلى الفرج يورث الطمس» أي العمى كما ورد كذلك فرواه ابن حبان وغيره في الضعفاء، بل ذكره ابن الجوزي في الموضوعات، وخالفه ابن الصلاح وحسن إسناده وقال أخطأ من ذكره في الموضوعات ومع ذلك هو محمول على الكراهة كما قاله الرافعي ويستثنى زوجته المعتدة عن وطء الغير بشبهة فإنه يحرم عليه نظر ما بين الركبة والسرة ويحل ما سواه على الصحيح؛ قال السبكي: والخلاف الذي في النظر إلى الفرج لا يجري في مسه لانتفاء العلة هذا هو الظاهر وإنْ لم يصرحوا به.

قال الزركشي: ولا يجوز للمرأة أن تنظر إلى عورة زوجها إذا منعها منه

وينظر العبد إلى سيدته والممسوح إلى الأجنبية والرجل إلى محارمه والمرأة إلى محرمها، فيما عدا ما بين السرة والركبة، وأما نظرها إلى غير زوجها ومحرمها فحرام كنظره إليها، ....

الشرح

بخلاف العكس لأنه يملك التمتع بها بخلاف العكس اهـ (المغني ٣/١٧٤)، واعتمده في المغني والنهاية خلافاً للشيخ بن حجر القائل بجواز نظرها إلى عورة زوجها وإنْ منعها، أما نظر كل منهما إلى الآخر بعد الموت فهو كالمحرم كما في المجموع (التحفة مع ع ب ج٧/٢٠٦).

(**وينظر العبد**) العدل ولا تكفي العفة عن الزنا غير المشترك والمبعض وغير المكاتب (التحفة ج٧/١٩٦)، (**إلى سيدته**) المتصفة بالعدالة أيضاً (التحفة ج٧/١٩٦)، ومثل النظر الخلوة كما في الدميري (**والممسوح**) ذكره كله وأنثياه بشرط أن لا يبقى فيه ميل إلى النساء أصلاً وبشرط إسلامه في المسلمة وعدالته (التحفة ج٧/١٩٦)، (**إلى الأجنبية**) المتصفة بالعدالة أيضاً.

(**والرجل إلى محارمه**) بلا شهوة (**والمرأة إلى محرمها**) بلا شهوة كذلك (**فيما عدا ما بين السرة والركبة**) وأفادت عبارة المصنف أنه يجوز النظر إلى السرة والركبة لأنهما ليس بعورة، فهذه العبارة أولى من عبارة ابن المقري تبعا لغيره بما فوق السرة وتحت الركبة لأنها تقتضي أنه يحرم النظر إلى السرة والركبة وليس كذلك (المغني ج٣/١٦٨).

(**وأما نظرها**) أيْ المرأة (**إلى غير زوجها ومحرمها فحرام**) على المعتمد (**كنظره إليها**) وبه قطع صاحب المهذب وغيره لقوله تعالى ﴿وَقُل لِّلْمُؤْمِنَٰتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَٰرِهِنَّ﴾، وقد رُوي عن أم سلمة رضي الله تعالى عنها قالت: «كنت عند ميمونة عند رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ - إذْ أقبل ابن أم مكتوم، فقال النبي

وقيل: يحل أن تنظر منه ما عدا عورته عند الأمن، ويحرم عليها كشف شيء من بدنها لمراهق، أو لامرأة كافرة، فلتحذر النساء في الحمامات من ذلك

الشرح

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «احتجبا منه»، فقلت: يا رسول الله أليس هو أعمى لا يبصر؟ فقال «أفعمياوان أنتما ألستما تبصرانه» رواه الترمذي، وقال حديث صحيح.

(**وقيل: يحل أن تنظر منه ما عدا عورته عند الأمن**) مِنْ الفتنة ولا نظرت بشهوة لنظر عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا الحبشة يلعبون في المسجد والنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يراها وفارق نظره إليها بأنَّ بدنها عورة ولذا وَجَب ستره بخلاف بدنه؛ لكن أجاب الإمام النووي عن حديث عائشة في صحيح مسلم بأنه ليس فيه أنها نظرت إلى وجوههم وأبدانهم وإنما نظرت للعبهم وحرابتهم ولا يلزم منه تعمد النظر إلى البدن وإن وقع بلا قصد صرفته في الحال؛ وأجاب عنه غيره بأنَّ ذلك لعله كانَ قبل نزول الحجاب أَوْ كانت عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا لم تبلغ مبلغ النساء إذْ ذاك ويستثنى ما إذا قصدت نكاحه فلها النظر إليه قطعاً بل يندبُ (المغني ج٣/١٧١ - ١٧٢ مع تصرف في العبارة، (**ويحرم عليها كشف شيء من بدنها لمراهق**) وهو من قارب الاحتلام أيْ باعتبار غالب سنه وهو قرب الخمسة عشر لا التسع ويحتمل خلافه (التحفة ج٧/١٩٧) وكما يحرم عليها كشف شيء له من بدنها يحرم على وليه تمكينه من النظر كما يلزمه منعه من سائر المحرمات والمراهقة كالبالغة (المغني ج٣/١٧١).

(**أوْ لامرأة كافرة**) لقوله تعالى: ﴿أَوْ نِسَآئِهِنَّ﴾ والكافرة ليست من نساء المؤمنات ولأنها ربما تحكيها للكافر، (**فلتحذر النساء في الحمامات من ذلك**) نعم يجوز أن ترى منها ما يبدو عند المهنة على الأشبه في الروضة كأصلها وهو المعتمد، وقيل الوجه والكفين فقط ورجح البلقيني أنها معها كالأجنبي وصرح به القاضي وغيره، وهذا كله في كافرة غير مملوكة للمسلمة ولا محرم لها أما

هما فيجوز لهما النظر إليها (المغني ٣/١٧١)، ولا يحرم نظر مسلمة لها خلافاً لمن توقف فيه إذ لا محذور بوجه، ومثل الكافرة الفاسقة بسحاق أو غيره كزنا أو قيادة فيحرم التكشف لها (التحفة ٧/٢٠٠).

(ومتى حرم النظر حرم اللمس) بل أولى لأنه أبلغ في إثارة الشهوة بدليل أنَّه لو لمس فأنزل بطل صومه ولو أنزل بالنظر لم يفطر، وينتقض الوضوء بالمس دون النظر (النجم ٧/٣١)، وقد يحرم النظر دون المس كأن أمكن طبيباً معرفة العلة بالمس فقط وكعضو أجنبية مبان يحرم نظره فقط. وما أفهمه المتن أنَّه حيث حل النظر حل المس أغلبي أيضاً فلا يحل لرجل مس وجه أجنبية وإنْ حل نظره لنحو خطبة أو شهادة أو تعليم ولا لسيدة مس شيء من بدن عبدها وعكسه وإنْ حَلَّ النظر، وما حل نظره من المحرم قد لا يحل مسه كبطنها ورجلها وتقبيلها بلا حائل لغير حاجة ولا شفقة بل وكيدها على ما اقتضته عبارة الروضة لكن قال الأسنوي إنه خلاف إجماع الأمة (التحفة بتصرف ٧/٢٠١)، وفي شرح مسلم يحل مس رأس المحرم وغيره مما ليس بعورة إجماعاً أي حيث لا شهوة ولا خوف فتنة بوجه سواء أمس لحاجة أمْ شفقة واعتمده الدميري (٧/٣٢) والخطيب في المغني (٣/١٧٢). **(ويباحان)** أي النظر واللمس **(لفصد وحجامة ومداواة)** ولو في فرج للحاجة الملجئة إلى ذلك لأن في التحريم حينئذ حرجاً فللرجل مداواة المرأة وعكسه وليكن ذلك بحضرة محرم أو زوج أو امرأة ثقة إنْ جوزنا خلوة أجنبي بامرأتين وهو الراجح، ويشترط عدم امرأة يمكنها تعاطي ذلك من امرأة وعكسه وأنْ لا يكون ذمياً مع وجود مسلم وأن لا تكون كافرة مع وجود مسلمة ولو لم نجد لعلاج المرأة إلا كافرة ومسلماً فالظاهر كما قال الأذرعي أن الكافرة تقدم لأن نظرها ومسَّها أخف من الرجل (المغني ٣/١٧٣).

[تَنْبِيهٌ]: رتب البلقيني المعالج في المرأة، فقال: تقدم المرأة المسلمة في امرأة مسلمة ثم صبي مسلم غير مراهق، ثم كافر غير مراهق، ثم مراهق مسلم، ثم مراهق كافر ثم المحرم المسلم، ثم المحرم الكافر، ثم الممسوح المسلم، ثم المرأة الكافرة، ثم الممسوح الكافر، ثم المسلم الأجنبي ثم الكافر الأجنبي والزوج مقدم على جميع من ذكر اهـ (البيجوري ٢/١٠٢).

(ويباح النظر لشهادة) عليها أيْ على المرأة الأجنبية تحملا وأداء كأن يتحمل أن هذه المرأة اقترضت من فلان كذا مثلاً ثم يؤدي هذه الشهادة عند القاضي فإذا نظر إليها وتحمل الشهادة عليها كلفت كشف نقابها عن وجهها عند الأداء إن لم يعرفها في نقابها فإن عرفها فيه لم يفتقر إلى الكشف بل يحرم لحرمة النظر حينئذ (البيجوري ج٢/١٠٢ ـ ١٠٣).

[تَنْبِيهٌ]: محل جواز النظر للشهادة إذا لم يخف الفتنة فإن خافها لم ينظر إلا إن تعينت عليه الشهادة فينظر ويضبط نفسه ما أمكن (البيجوري ج٢/١٠٣).

(ومعاملة) من بيع وغيره **(ونحوهما)** كتعليم لما يجب أوْ يُسَن **(بقدر الحاجة)** فينظر في المعاملة إلى الوجه فقط وفي الشهادة إلى ما يحتاج إليه من وجه وغيره. وإنما يجوز النظر للمرأة الأجنبية للتعليم بشرط فقد جنس ومحرم وتعذره من وراء حجاب ووجود مانع خلوة ولا يتقيد الجواز بالواجب عند شيخ الإسلام والرملي والخطيب خلافاً للشيخ ابن حجر وظاهر أنَّ هذه الشروط لا تعتبر في الأمرد كما دل عليه الإجماع الفعلي ويتجه اشتراط العدالة فيه كالمملوك بل أولى (التحفة مع ع ب ج٧/٢٠٤ ـ ٢٠٥ وشرح المنهج ج٤/١٢٥).

ويحرم أن يصرح أو يعرض بخطبة المعتدة من غيره إذا كانت رجعية، وأما المعتدة البائن بثلاثة أوْ خلع أو عن الوفاة، فيحرم التصريح دون التعريض وتحرم الخطبة على خطبة الغير إذا صرح له بالإجابة إلا بإذنه،

الشرح

(**ويحرم أن يصرح أو يعرض بخطبة**) بكسر الخاء (**المعتدة من غيره إذا كانت رجعية**) لأنها في معنى الزوجة ولأنَّها مجفوةٌ بالطلاق فقد تكذب انتقاماً. والتصريح ما يقطع بالرغبة في النكاح، كأريد أن أنكحك، وإذا انقضت عدتك نكحتك، وذلك لأنه إذا صرح تحققت رغبته فيها فربما تكذب في انقضاء العدة. والتعريض ما يحتمل الرغبة في النكاح وعدمها كقوله: (أنت جميلة ـ ورب راغب فيك ـ ومن يجد مثلك ـ ولست بمرغوب عنك) (المغني ج٣/١٧٦).

(**وأما المعتدة البائن بثلاثة أوْ خلع أو عن الوفاة**) ولو حاملاً (**فيحرم التصريح دون التعريض**) لعموم الآية ولانقطاع سلطنة الزوج عنها، ويكره التعريض بالجماع لمخطوبته لقبحه، وقد يحرم بأن يتضمن التصريح بذكر الجماع كقوله (أنا قادر على جماعك) أو (لعل الله يرزقك مَنْ يجامعك) ولا يكره التصريح به لزوجته وأمته لأنها محل تمتعه (المغني ج٣/١٧٦)، أما منقضية العدة أو الخالية من النكاح والعدة فيجوز التصريح والتعرض.

[تَنْبِيْهٌ]: خرج بقوله المعتدة من غيره المعتدة منه فيحل له التعريض والتصريح سواء كانت مطلقة رجعياً أو بعوض أَوْ وطئها بشبهة. قال صاحب الزبد:

حرمْ صريح خُطْبة المعتدة كذا الجواب لا لرب العدة

(**وتحرم الخطبة على خطبة الغير إذا صرح له بالإجابة إلا بإذنه**) لقوله

فإن لم يصرح بإجابته جاز، ومن استشير في خاطب، ....

الشرح

صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه إلا بإذنه» متفق عليه، ولما فيه من الإيذاء والتقاطع وسواء كان الأول كفأً أو غير كفء مسلماً أو ذمياً، وذكر الأخ في الحديث خرج مخرج الغالب. وقال ابن حربوية: يختص التحريم بالخطبة على خطبة المسلم وبه قال الأوزاعي والمصرح بالإجابة المجبر أو السيد أو هي إنْ انتفى الإجبار والرق أو السلطان في المجنونة أمَّا من عُرِض بإجابته كلا رغبة عنك فالجديد الكراهة والقديم التحريم ويحكى عن أبي حنيفة ومالك فإن أذن في الخطبة على خطبته جاز ومثله لو ترك أو طالَ الزمان بعد إجابته بحيث يعد معرضاً لم تحرم لأنَّ تركه يدل على إعراضه وكذلك لو غاب مدةً يحصل لها الضرر بها أو رجعوا عَنْ إجابته أوْ نكح من يحرم الجمع بينها وبين المخطوبة ولا يخفى أنَّ شرط الخطبة الأولى أنْ تكون جائزة فإن كانت محرمة كالواقعة في العدة لم تحرم الخطبة عليها (النجم ج٧/٣٩ ـ ٤٠ مع حذف يسير).

(**فإن لم يصرح بإجابته**) أو لم يجب ولم يرد (**جاز**) لأنه لم يبطل حقاً تقرر بينهما ولأن فاطمة بنت قيس قالت: يا رسول الله إنَّ معاوية وأَبَاَ جهم خطباني فقال: «أنكحي أسامة» لأنها لم تجبْ واحداً من الأولين ولا ردتهما (النجم ج٧/٤١). والحاصل أنَّه تحرم الخطبة على خطبة الغير لكن بشروط وهي أن تكون الخطبة الأولى جائزة، أن يجاب الخاطب الأول صريحاً ممن تعتبر إجابته، وأن يعلم الثاني بالخطبة وبجوازها وبإجابته وأنها بالصريح وأنها ممن تعتبر إجابته وبحرمة الخطبة على الخطبة، وأن لا يحصل إعراض من الخاطب الأول أو المجيب فإن انتفى شرط من ذلك فلا حرمة عليه اهـ من البيجوري بتصرف (٢/١١١). (**ومن استشير في خاطب**) أو مخطوبة أو غيرهما

ممن أراد الاجتماع عليه لنحو معاملة أو مجاورة كالرواية عنه أو القراءة عليه.

(**فليذكر مساويه**) جوازاً كما في الروضة وأصلها ووجوباً كما في شرح مسلم والأذكار والرياض بالنسبة للمستشار بل أوجبوا في البيع إذا علم بالمبيع عيباً أن يخبر به المشتري وغيره وهذا هو المعتمد كما صرح به في المغني والمنهج وغيرهما (انظر المغني ج٣/١٧٨ مع زيادة يسيرة). (**بصدق**) ليحذر بذلاً للنصيحة لا للإيذاء، فإن اندفع بدون ذكر المساوي حرم ذكرها أو بذكر بعضها حرم الزيادة عليها.

[تَنْبِيهٌ]: قال البارزي: ولو استشير في أمر نفسه في النكاح فإن كان فيه ما يثبت الخيار وجب ذكره للزوجة وإنْ كان فيه ما يقلل الرغبة عنه ولا يثبت الخيار كسوء الخلق والشح استحب وإن كان فيه شيء من المعاصي وجَبَ عليه التوبة في الحال وستر نفسه ووجوب هذا التفصيل بعيد والأوجه كما قال شيخنا أنه يكفيه قوله أنا لا أصلح لكم (المغني ج٣/١٧٨).

(**ويندب أن يخطب**) الخاطب أوْ نائبه إنْ جازت الخطبة بالتصريح لا بالتعريض كما بحثه الجلال البلقيني وهو ظاهر إذ لو سنت فيما فيه تعريض صار تصريحاً (التحفة ج٧/٢١٤) (**عند الخطبة**) بكسر الخاء لخبر أبي داود وغيره «كل أمر ذي بالٍ»، وفي رواية «كل كلام لا يبدأ فيه بحمد الله فهو أقطع» أيْ من البركة، فيحمد الله الخاطب ويصلي على النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ويوصي بتقوى الله تعالى ثم يقول، جئتكم خاطباً كريمتكم أوْ فتاتكم ويخطب الولي كذلك ثم يقول: لستَ بمرغوب عنك أَوْ نحو ذلك، (**وعند العقد**) أي عند إرادة التلفظ به وهي آكد من الأولى، قال في الأذكار وسن كون هذه أطول من التي قبل

ويقول: أزوجك على ما أمر الله تعالى به من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، ولو خطب الولي عند الإيجاب، فقال الزوج: الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، قبلتُ، صح، لكنه لا يندب وقيل يندب.

الشرح

الخطبة، وتحصل السنة بالخطبة قبل العقد من الولي أَوْ الزوج أو أجنبي. (**ويقول**) الولي ندباً قبل العقد (**أزوجك على ما أمر الله تعالى به من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**) ثم يذكر الإيجاب مرة أخرى بالصفة المعتبرة من ذكر المخطوبة والمهر مع صفته من حلول وتأجيل وغير ذلك فلو قبل الزوج قبل إعادة الإيجاب لم يصح. (**ولو خطب الولي عند الإيجاب**) كما ذكر ثم قال زوجتك إلى آخره (**فقال الزوج: الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، قبلتُ**) إلى آخره (**صح**) النكاح وإِنْ تخلل ذلك على الصحيح لأَنَّه مقدمة القبول مَعَ قصره فليس أجنبياً عنه. (**لكنه لا يندب**) بل يستحب تركه خروجاً من خلاف مَنْ أبطل به هذا ما اعتمده الإمام النووي في الأذكار والمنهاج وجرى عليه شيخ الإسلام في شرح المنهج ومثله في النهاية والمغني (انظر الترشيح ص٢٩٨)، (**وقيل يندب**) واعتمده الإمام النووي في الروضة بزيادة الوصية بالتقوى واعتمده الشيخ بن حجر في التحفة (٢١٥/٧) قال وأطال الأذرعي وغيره في تصويبه نقلاً ومعنى واستبعد الأول بأنَّ عدم الندب مَعَ عدم البطلان خارج عن كلامهم وذكر الماوردي أنَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما زوَّج علياً فاطمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا خطبا جميعاً قال ابن الرفعة وحينئذٍ الحجة فيه للندب ظاهرة لأنها إنما تكون من كلٍ في مقدمة كلامه اهـ.

** ** **

أركان النكاح

وللنكاح أركان، الأول: الصيغ الصريحة ولو بالعجمية لمن يحسن العربية لا بالكناية ....

الشرح

(أركان النكاح)

(وللنكاح أركان) خمسة وهي الصيغة والشاهدان والولي والزوج والزوجة هكذا عدها في شرح المنهج والأنوار والعدة والسلاح والنهاية وعدها في التحفة أربعةٌ: زوجان وولي وشاهدان وصيغة، وإنما عدّوا الشاهدين ركناً لعدم اختصاص أحدهما بشرط دون الآخر ولم يعدوا الزوجين ركناً واحداً لأنَّه يعتبر في كلٍ منهما ما لا يعتبر في الآخر وإنما عدهما الشيخ بن حجر ركناً واحداً لتعلق العقد بهما (المشكاة مع النقول الصحاح ص٤٥ مع زيادة)، وقدم الكلام على الصيغة لانتشار الخلاف فيها المستدعي لطولِ الكلام عليها. (الأول: الصيغة) وهي الإيجاب من الولي أو نائبه والقبول من الزوج أوْ نائبه.

(الصريحة ولو بالعجمية لمن يحسن العربية) في الأصح لأنَّه لفظ لا يتعلق به إعجاز فاكتفى بترجمته إذا فهم معناها العاقدان والشاهدان وفَهِمَ كل منهما كلامَ نفسه وكلام الآخر ولو بإخبار ثقة له بمعناه قبل تكلمه به، ومراده بالعجمية غير العربية من اللغات، والثاني لا يصح لأنَّه عدل عن الأنكاح والتزويج مع القدرة فصار كما لو عَدَلَ إلى البيع والتمليك واعتمده الإمام أبو إسحاق الشيرازي في التنبيه، ويحكى هذا عن أحمد فعلى هذا يصبر إلى أنْ يتعلم أَوْ يوكل (النجم ج٧/٤٩ ـ ٥٠ مع زيادة من التنبيه).

(لا بالكناية) في الصيغة كأحللتك بنتي فلا يصح النكاح قطعاً وإنْ قال نويتُ بها النكاح وتوفرت القرائن على ذلك لأنَّه لا مطلع للشهود المشترط

حضورهم على النية وخرج بقولنا في الصيغة الكناية في المعقود عليه كما لو قال أبو بنات زوجتك إحداهن أو بنتي أو فاطمة ونويا معينة ولو غير المسماة فإنَّه يصح ويفرق بأنَّ الصيغة هي المحللة فاحتيط لها أكثر ولا يكفي زوجتُ بنتي أحدكما وإنْ نَويَا معيناً (التحفة ج٧/٢٢٢ باختصار وتبديل).

(**فلا يصح**) النكاح (**إلا بإيجاب منجز**) أيْ غير معلق فلو بشر بولد ولم يتيقن صدق المبشر فقال إن كان أنثى فقد زوجتكها فقبل ثم بَانَ أنثى أو قال إن كانت بنتي طلقت واعتدت فقد زوجتكها فقبل ثم بان انقضاء عدتها وأنَّها أذنت له فالمذهب بطلانه لفساد الصيغة بالتعليق، ولو قال زوجتك بنتي إن شاء الله تعالى وقصدَ التعليق أَوْ أطلق لم يصح وإنْ قصد التبرك أو أنَّ كل شيء بمشيئته تعالى صح (التحفة مع ع ب باختصار ج٧/٢٢٣).

[تَنْبِيْه]: لو أقت النكاح بمدة حياة الزوج أو حياة الزوجة لم يصح كما رجحه في التحفة والنهاية والمغني وإن بحث البلقيني صحته حينئذ معللاً لَهُ بأنَّه تصريح بمقتضى الواقع (النقول الصحاح ص٥٨) وما بحثه البلقيني اعتمده الشيخ ابن حجر في فتح الجواد ونص عبارته: ويصح زوجتكها مدة حياتك أو حياتها لأنَّه مقتضى العقد اهـ (فتح الجواد ٧٤/٢)، (**وهو**) أيْ الإيجاب (**زوجتك**) هذه أوْ ابنتي (**أو أنكحتك**) هذه أو أنكحتكها (**فقط**) دون غيرها من الألفاظ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في خطبة الحج: «اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمَانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله» وليس في القرآن والسنة كلمة مستعملة في العقد غيرهما ولأنَّ النكاح نزع إلى العبادات، لورود الندب فيه، والأذكار في العبادات تتلقى من الشارع ولم يرد غيرُ «هاتين» اللفظتين.

وقال أبو حنيفة: ينعقد النكاح بلفظ التمليك والبيع والهبة والصدقة مع

وقبول على الفور، وهو تزوجت أو نكحت أو قبلت نكاحها أو تزويجها فلو اقتصر على قبلتُ لم ينعقد، ولو قال زوّجني فقال زوجتك صح.

الشرح

ذكر المهر ولا ينعقد بلفظ الإحلال والإباحة، وقال مالك: ينعقد بسائر الألفاظ بشرط ذكر المهر (النجم ج٧/٤٩).

(**وقبول على الفور**) كالبيع بل أولى فيضر الفصل بسكوت طويل أوْ كلام أجنبي من القابل وإن قل لإشعاره بالإعراض أما ممن انقضى كلامه فلا يضر إلا إنْ طال، (**وهو**) أي القبول (**تزوجت**) ها (**أو نكحت أو قبلت نكاحها أو تزويجها**) فلا بُدَّ من دال عليها من نحو اسم أو ضمير أوْ إشارة (التحفة ج٧/٢١٨).

(**فلو اقتصر على قبلتُ لم ينعقد**) النكاح على المذهب لانتفاء لفظ التزويج والإنكاح ونيتُهُ لا تفيد فلا بد أَنْ يقولَ قبلت نكاحها أو تزويجها أو رضيت نكاحها على ما حكاه ابن هبيرة عَنْ إجماع الأئمة الأربعة وأيدَّه الزركشي بنص في البويطي (انظر شرح المنهج ج٤/١٣٥ بتصرف).

(**ولو قال**) الزوج للولي (**زوجني**) بنتك (**فقال**) الولي (**زوجتك**) بنتِي أوْ قال الولي للمزوج زوجتك بنتي فقال الزوج تزوجتها (**صح**) النكاح فيهما بما ذكر. وفي الصحيحين أنَّ خَاطِبَ الواهبة قال للنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ زوجنيها، فقال: زوجتكها ولم ينقلْ أنه قال بعده تزوجتها ولا غيره (التحفة ج٧/٢٢٣). ولو قال الزوج أزوجتني فلانة، فقال الولي زوجتكها لم ينعقد النكاح بذلك لأنه استفهام نَعَمْ لو قال الزوج عقب قول الولي زوجتكها قبلتُ نكاحها انعقد النكاح (المشكاة مع النقول الصحاح بتصرف ص٤٩).

الثاني: الشهود، فلا يصح إلا بحضرة شاهدين، ذكرين، حرين، سميعين،

الشرح

(**الثاني**) من أركان النكاح (**الشهود**) سواء كانت الزوجة مسلمة أو ذمية لما روى الحسن مرسلاً أنَّ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال «لا نكاح إلى بولي وشاهدي عدل» وفي رواية «وما كان من نكاح على غير ذلك.. فهو باطل فإن تشاجروا فالسلطان ولي مَن لا ولي لَهُ» رواها ابن حبان عن عائشة. ولا يشترط عندنا الإعلان بل يستحب، وأنْ يحضرَه جَمعٌ من الصالحين زيادة على الشاهدين واشترط مالك: الإعلان وترك التواصي بالكتمان دون الشهادة، واشترط ابن حزم إما الإعلان وإمَّا الشهادة (النجم ج٧/٥٥ ـ ٥٦ باختصار).

(**فلا يصح إلا بحضرة شاهدين**) ولا يشترط إحضارهما بل لو حضرا بأنفسهما وسمعا الإيجاب والقبول صح سواء سمعا ذكر الصداق أم لا لأن ذكره ليس بشرط لصحة العقد فلم يشترط سماعه كالخطبة ونحوها (المشكاة ص٥/٧ مع تصرف). (**ذكرين**) فلا ينعقد النكاح بشهادة امرأتين ولا بأربع نسوة. وقال أبو حنيفة وأحمد: ينعقد بشهادة رجل وامرأتين، وإنما لم يصح النكاح بشهادة المرأتين لما روى أبو عبيدة (في كتاب الأموال) عن الزهري قال: مضت السنة من رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق. والخنثى كالمرأة لكن لو بانت ذكورتُه بعد العقد حكم بصحة النكاح على الأصح في زيادة الروضة بخلاف إمامته في الصلاة لأنَّ عَدمَ جزم النية يؤثر فيها (النجم ج٧/٥٦).

(**حرين**) حرية كاملة فلا ينعقد بحضور عبدين لأنَّه لا يثبت بهما عند الجحود (النجم ج٧/٥٦) (**سميعين**) ولو برفع الصوت فلا يكفِي الأصم الذي لا يسمع أصلاً وإنما اشترط السمع لأن المشهود عليه قول فاشترط سماعه

بصيرين، عارفين بلسان المتعاقدين مسلمين عدلين، ولو مستوري العدالة.

الشرح

حقيقة (المشكاة ص٦٨ والتحفة ج٧/٢٢٨). (**بصيرين**) فلا يكفي الأعمى ومَنْ يرى الأشباح ولا يعرف الصور إلا إذا كان بحيث إذا قربت منه عرفها لأنَّ الأقوالَ لا تثبت إلا بالمعاينة والسماع وكالأعمى في ذلك البصير في الظلمة (المشكاة ص٦٨)، وفي الأعمى وجه لأنَّه أهل للشهادة في الجملة والأصح لا وإِنْ عرفَ الزوجين، وفي الأصم أيضاً وجهٌ اهـ (التحفة ج٧/٢٢٨).

(**عارفين بلسان المتعاقدين**) حالة التكلم فلا يكفى ترجمته لَهُ بعد ولو قبل الشق الآخر (التحفة ج٧/٢٢٨)، (**مسلمين**) لأنَّ الكافر ليس أهلاً للشهادة ويكتفي بقول الشاهد أنا مسلم ولا يكتفي بقوله أنا حر لأنه لم يستبد بالحرية ولا يستقل بإنشائها بخلاف الإسلام (المشكاة ص٧٢مع زيادة). (**عدلين**) فلا يكفي الفاسق لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ وقوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ نعم، لو عم الفسقُ في بعض الأقاليم فينبغي الانعقاد بالفاسق لأنه موضع ضرورة كما حكاه ابن العماد عن بعضِ الفقهاء وأقروه وذكر الإمام أبو شكيل في فتاويه نحوه وقال الإمام أبو حنيفة ينعقد بحضور الفاسقين وهو قول عندنا (انظر المشكاة ص٦٦ - ٦٧ مع زيادة).

(**ولو مستوري العدالة**) وهما من لم يُعْرف لهما مفسق كما نص عليه واعتمده جمع وأطالوا فيه أَو مَنْ عُرِفَ ظاهرهما بالعدالة ولم يزكيا، وهو ما اختاره الإمام النووي، وقال: إنَّه الحق واختاره أيضاً شيخ الإسلام في شرح المنهج. وإنما اكتفي بمستوري العدالة لأَنَّ النكاح يجري بين أوساط الناس والعوام ولو اعتبر فيه العدالة الباطنة لاحتاجوا إلى معرفتها ليحضروا من هو متصف بها فيطول الأمر عليهم ويشق (التحفة ج٧/٢٢٩ - ٢٣٠ مع زيادة من

الثالث: الولي فلا يصح إلا بولي ذكر، مكلف حر مسلم عدل تام النظر
فلا ولاية لامرأة..........................

الشرح

شرح المنهج)، هذا إذا كان العاقد غير الحاكم فإن كانَ حاكماً لم يكفِ المستور
لسهولة البحث عليه وهي طريقة في المذهب جزم بها ابن الصلاح والإمام
النووي في نكت التنبيه ولأنه نائب الشرع في الأقوال والأفعال.

ومحل الخلاف في الانعقاد بالمستورين في الظاهر وجواز الإقدام عليه
أمَّا في الباطن فلا ينعقد إلا بعدلين على الصحيحين فليحترز من ذلك (النجم
ج٧/٥٨ ـ ٥٩ باختصار).

(الثالث) من أركان النكاح **(الولي)** عندنا **(فلا يصح)** النكاح **(إلا بولي
ذكر)** سواء كانت المرأة صغيرة أو كبيرة بكراً أو ثيباً نسيبة أو غير نسيبة فإن
زوجت المرأة نفسها أوْ وكلت رجلاً أو امرأة حتى زوجها لم يصح سواء أذن لها
وليها في ذلك أو لم يأذن لها وبه قال جمع من الصحابة منهم عمر وعلي وابن
مسعود وابن عباس.

وقال أبو حنيفة: إذا كانت المرأة بالغة عاقلة زالت عنها الولاية في بضعها
كما يزول في مالها ولها أن تزوج نفسها بغير إذن الولي فإن زوجت نفسها من
كفء فلا اعتراض للولي عليها وإن زوجَتْ نفسها من غير كفء كانَ للولي أن
يفسخ النكاح.

وقال مالك رحمه الله «إن كانت المرأة نسيبة مؤسرة لم يصح نكاحها إلا
بولي كقولنا: وإن كانت فقيرة دنيئة لا أبوة لها جاز أنْ تزوج نفسها بغير ولي»
(البيان بتصرف ج٩/١٥٢ ـ ١٥٣).

(مكلف) أيْ: بالغ عاقل، **(حر مسلم عدل تام النظر فلا ولايةِ لامرأة**

روى أبو هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنْ النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال «لا تُنكِحُ المرأةُ المرأةَ ولا تنكح المرأة نفسها». **(وصبي)** وإن كان صغيراً لأنه مسلوب العبارة. **(ومجنون)** وإن تقطع جنونه لأنَّه مسلوبُ العبارة وتغليباً لزمن الجنون في التقطع نعم لو قصر زمن الجنون فإنه لا تنتقل الولاية بل تنتظر إفاقته.

[تَنْبِيْهٌ]: حاصل ما قيل في ولاية المجنون أنَّ له ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن يكون جنونه متقطعاً فيزوج زمن الإفاقة، وتنتقل الولاية إلى الأبعد زمن الجنون على المعتمد.

الحالة الثانية: أن يكون جنونه مطبقاً فتنقل الولاية إلى الأبعد.

الحالة الثالثة: أنْ يقصر زمن الجنون جداً كيوم في السنة فتنتظر إفاقته (انظر منح الفتاح بالمعنى ص٢٨٧).

(ورقيق) ولو كان مبعضاً أو مكاتباً لنقصه بالرق. **(وكافرٍ)** لقوله تعالى ﴿ وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ﴾، وروي أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما أراد أنْ يتزوج أم حبيبة بنت أبي سفيان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، وكانت مسلمة وأبو سفيان كافراً وكل النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عمرو بن أمية الضمري فتزوجها له من ابن عمها خالد بن سعيد بن العاص وكان مسلماً. **(وفاسق)**: غير الإمام الأعظم للحديث الصحيح «لا نكاح إلا بولي مرشد» واختار أكثر متأخري الأصحاب أنَّه يلي والغزالي أنَّه لو كان بحيث لو سلبها انتقلت لحاكم فاسق لا ينعزل ولي وإلا فلا لأنَّ الفسق عَمَّ واستحسنه في الروضة، وقال ينبغي العمل به وبه أفتى بن الصلاح وقواه السبكي وقال الأذرعي لي منذ سنين أفتى بصحة تزويج القريب الفاسق واختاره جمع آخرون إذا عم الفسق وأطالوا في الانتصار له. وعند الأئمة الثلاثة تثبت

وسفيه ومختل النظر بهرم وخبل ولا يضر العمى؛ ويلي الكافر موليته الكافرة ولا يليها المسلم........................

الشرح

الولاية للفاسق؛ أمَّا الإمام الأعظم فلا ينعزل بالفسق فيزوج بناته إنْ لم يكن لهن ولي خاص وبنات غيره بالولاية العامة وإنْ فَسَقَ تفخيماً لشأنه (التحفة باختصار ج٧/٢٥٥ ـ ٢٥٦)، ولو تاب الفاسق توبة صحيحة زوجَ حالاً لأنَّ الشرط عدم الفسق لا العدالة. (**وسفيه**) محجور عليه لأنَّه ممنوعٌ من عقد النكاح لنفسه فلا يجوز أن يعقده لغيره، والمراد بالسفيه هنا: مَنْ بلغ مبذراً أو رشيداً ثم بذر وحجر عليه، أما إذا لم يحجر عليه فيلي كما بحثه الرافعي وهو ظاهر نص الأم وإنْ صحح جمع خلافه أمَّا محجور عليه بفِلس فيلي لأنَّه كامل وإنما الحجر عليه لحق الغير (التحفة ج٧/٨٦).

(**ومختل النظر بهرم**) بفتح الراء وهو كبر السن (**وخبل**) بإسكان الباء وفتحها: وهو فساد في العقل سواء كان الخبل أصلياً أمْ عارضاً فلا ولاية له للعجز عن اختيار الأكفاء وعدم العلم بمواضع الخط الواجب على الأولياء وكذلك الحكم في ذي الآلام والأسقام الشاغلة عن النظر (النجم ج٧/٨٦) ومعرفة المصلحة، وإنما لم ينتظر زوال مانعه لأنَّه لا حَدَّ له يعرفه الخبراء بخلاف الإغماء (التحفة ج٧/٢٥٣).

(**ولا يضر العمى**) في الأصح لقدرته على البحث عَنْ الأكفاء وإنما لم تقبل شهادته فيما تحمله بعد العمى لتعذر التحمل (التحفة ج٧/٢٥٥ والنجم ج٧/٨٩). (**ويلي الكافر موليته الكافرة**) ويجبرها وإن كانت صغيرةً سواء زوجها من كافرٍ أو مسلم لأنه قريبٌ ينظر بالمصلحة قال الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ قال الرافعي وشرط ولايته أنْ لا يرتكب محرماً في دينه فإن ارتكبه فكالفاسق (النجم ج٧/٩١ ـ ٩٢)، (**ولا يليها**) أيْ الكافرة (**المسلم**

إلا السيد في أمته، والسلطان في نساء أهل الذمة فيزوجها السيد ولو فاسقاً فإن كانت لامرأة زوجها من يزوج السيدة بإذن السيدة، فإن كانت السيدة غيرة رشيدة زوجها أبو السيدة أو جدها، وأما الحرة فيزوجها عصباتها وأولاهم الأب ثم الجد. ....

الشرح

إلا السيد في أمته) لأنَّه يزوجها بالملك وإنْ قلنا بالولاية فلا (النجم ج٧/٩٢)، (**والسلطان في نساء أهل الذمة**) إذا لم يكن لهن ولي خاص أوْ كان لَهُنَّ ولي وعضلهن، والمرتد ليس له ولاية على أحد (النجم ج٧/٩٢)، (**فيزوجها**) أيْ الأمة (**السيد ولو**) كانَ (**فاسقاً**) ولو قدم هذه العبارة بعد قوله إلا السيد لكان أولى لأجل المناسبة كما هو معلوم.

(**فإن كانت**) الأمة ملكاً (**لامرأة زوجها من يزوج السيدة بإذن السيدة**) فإن كانت السيدة كاملة اشترط إذنها نطقاً ولو كانت بكراً لأنها لا تستحي من ذلك وإنِ كانت صغيرةً ثيباً امتنع على الأب تزويج أمتها إلا إذا كانت مجنونة.

(**فإن كانت السيدة غير رشيدة**) بصغر أو جنون، أَوْ سفه (**زوجها أبو السيدة أو جدها**) فقط دون بقية الأولياء لأنَّهم لاحق لهم في تزويج السيدة غير الرشيدة والأمة تابعة لها في الولاية.

[تَنْبِيْهٌ]: قضية عبارة المصنف يفهم منها أنَّ السلطان أو نائبه لا يزوج أمة السفيه ومثله المجنون وليس كذلك بل يلى تزويجها لأنَّه يلي مال مالكها ونكاحه بخلاف أمة الصغير والصغيرة لا يزوجها وإنْ ولي مالهما لأنَّه لا يلي نكاحهما اهـ المشكاة (ص ١٣٢) ومثله في المغني.

(**وأما الحرة فيزوجها عصباتها**) من جهة النسب فإنْ فقدت عصبة النسب فمن له الولاء عليها، (**وأولاهم الأب**) لأنَّه أشفقهم (**ثم الجد**) أبو الأب فهو

ثم الأخ ثم ابنه، ثم العم ثم ابنه ثم المعتق ثم عصبته ثم معتق المعتق ثم عصبته ثم الحاكم ولا يزوج أحد منهم وهناك من هو أقرب منه فإن استوى اثنان في الدرجة وأحدهما من يدلي بأبوين والآخر بأب فالولي من يدلي بأبوين، فإن استويا ....

أولى من الأخ وحُكي عن مالكٍ رحمه الله: أنّه قال: (الأخ أولى من الجد). (ثم الأخ) لأبوين ثم الأخ لأب (ثم ابنه) أيْ ابن الأخ لأبوين ثم ابن الأخ لأب وإنما قدم الأخوة وبنوهم على الأعمام لأنّهم يدلون بالأب والأعمام يدلون بالجد والأب أقرب من الجد. (ثم العم) لأبوين ثم العم لأب (ثم ابنه) أيْ ابن العم لأبوين ثم ابن العم لأب. (ثم) إذا لم يوجد أحد من عصبات النسب زوج (المعتق) إذا كان رجلاً (ثم عصبته) سواء كان المعتق رجلاً أو امرأة (ثم معتق المعتق ثم) بعد معتق المعتق (عصبته) على ترتيب إرثهم فيقدم ابن ابنه وإن سفل ثم أبوه ثم الأخ لأبوين ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ لأبوين ثم ابن الأخ لأب ثم الجد أبو الأب ثم العم لأبوين ثم العم لأب ثم ابن العم لأبوين ثم لأب ثم أبو الجد، وإنما قدم الأخ وابنه وإنْ سفل على الجد هنا والعم وابنه وإن سفل على أب الجد بخلافه في ولاية النسب جرياً على القياس في أنَّ البنوة أقوى من الأبوة وإنما خولف في النسب بالنسبة إلى الإرث للإجماع (المشكاة ص٨٠).

(ثم) بعد فقد معتق المعتق وعصبته (**الحاكم**) أو نائبه لخبر «السلطان ولي مَنْ لا ولي لَه». (**ولا يزوج أحد منهم وهناك من هو أَقرب منه**) إذ لا ولاية له معه (**فإن استوى اثنان في الدرجة**) كأخوين أو عمين (**وأحدهما من يدلي بأبوين**) كالشقيق (**والآخر بأبٍ فالولي من يدلي بأبوين**) وهو الأخ الشقيق والعم الشقيق (**فإن استويا**) في الدرجة كأخوين شقيقين أو لأب وقد أذنت لكلٍ منهما

فالأولى أن يقدم أسنهما وأعلمهما وأورعهما فإن زوج الآخر صح وإن تشاحا أقرع فإن زوج غير من خرجت له قرعته صح أيضاً، وإن خرج الولي عن أن يكون ولياً بشيءٍ من الموانع المتقدمة.................

الشرح

ولو بقولها أذنت في فلان فمن شاء منكم فليزوجني منه (**فالأولى**) في تزويجها (**أن يقدم أسنهما**) لأنَّه أخبر بالأمور لكثرة تجاربه، وفي الحديث: «كبر كبر» (النجم ج٧/١٠٧).

(**واعلمهما**) أيْ أعلمهما بباب النكاح لأنَّه أعلم بشرائط العقد (النجم ج٧/١٠٧)، (**وأورعهما**) لأنَّه أشفق وأحرص على طلب الحظ. فإن تعارضت الصفات قدم الأفقه فالأورع فالأسن (**فإن زوج الآخر**) المفضول برضاها (**صح**) ولا اعتراض لهم إذا زوجها بكفء فإن كان بغير كفءٍ لم يجز حتى يجتمعوا، فلو أذنت لواحدٍ لم يزوج غيره، ولو قالت زوجوني اشترط اجتماعهم في الأصح (النجم ج٧/١٠٧).

(**وإن تشاحا**) أيهما يزوج فقال كُلُّ واحدٍ منهم أنا الذي أزوج واتحد الخاطب (التحفة ج٧/٢٦٨)، (**أقرع**) قطعاً للمنازعة فمن خرجت قرعته زوجها، وإن تعدد الخاطب ورغبَ كل منهما في زوج اعتبر رضاها فيزوج من ترضاه فإن رضيت الجميع أمر القاضي بتزويجها من الأصلح، (**فإن زوج غير من خرجت قرعته**) وقد أَذِنَت لكل منهم كُرِهَ إن كان القارع الإمام أو نائبه (**وصح**) النكاح (**أيضاً**) في الأصح لأنَّ القُرْعَةَ قاطعة للنزاع لا سالبة للولاية ولو بادر قبل القرعة صح قطعاً ولا كراهة (التحفة ج٧/٢٦٩)، (**وإن خرج الولي عن أن يكون ولياً بشيءٍ من الموانع المتقدمة**) وغيرها مما لم يذكر المصنف رحمه الله بأن كان أخرس أو مبرسماً أو معتوهاً.

انتقلت الولاية إلى مَنْ بَعْدَهُ مِنْ الأولياء، ومتى دعت الحرة إلى كف
لزمه تزويجها فإن عضلها أي منعها بين يدي الحاكم أو كان غائباً ف
مسافة القصر أو كان محرماً زوجها الحاكم ولا تنتقل الولاية إلى الأبع
وإن غاب إلى دون مسافة.........................

الشرح

(**انتقلت الولاية إلى مَنْ بَعْدَهُ مِنْ الأولياء**) فإذا زال المانع عادت، (**ومتى دعت الحرة إلى**) تزويجها من رجل (**كفء لزمه تزويجها**) منه وإن كان مجبو أو عنيناً (**فإن عضلها أي منعها**) مرة أو مرتين (**بين يدي الحاكم**) والخاطب والمرأة حاضران أو وكيلهما أو ثبت امتناعه ببينة عند تعززه أو تواريه (**أو كان** الولي الأقرب (**غائباً في مسافة القصر**) فأكثر وليس له وكيل حاضر في التزويج (**أو كان محرماً**) بحج أو عمرة صحيحاً أو فاسداً سواء كان له وكيل أم (**زوجها الحاكم**) لا الأبعد ويزوج الحاكم في صور غير هذه نظمها الإما السيوطي رحمه الله بقوله:

١) عشرون زوج حاكم عدم الولي	والفقد والإحرام والعضل السف
٢) حبس توار عزة ونكاحه	أو طفله أو حافد إذْ ما قه
٣) وفتاة محجور ومن جنت ولا	أب وجد لاحتياج قد ظه
٤) وأمة الرشيدة لا ولي لها وبـ	ـيت المال مع موقوفة إذ لا ضر
٥) مع مسلمات علقت أو دبرت	أو كوتبت أو أولدت ممن كف

وقد استوفيتُ شرحها في كتابي فتح الفتاح شرح المفتاح لباب النكاح بم لا مزيد عليه

(**ولا تنتقل الولاية إلى الأبعد**) في هذه الصور بل للحاكم مِنْ سلطان أو نائبه أو قاض أوْ متولي عقود الأنكحة. (**وإن غاب**) وليها (**إلى دون مسافة**

القصر لم تزوج إلا بإذنه ويجوز للولي أن يوكل بتزويجها ولا يجوز أن يوكل إلا من يجوز أن يكون ولياً، وللزوج أن يوكل في القبول من يجوز أن يقبل النكاح لنفسه ولو عبداً، وليس للولي ولا للوكيل أنْ يوجب النكاح

الشرح

القصر لم تزوج) في هذه الحالة **(إلا بإذنه)** ولو زوجها لغيبة الولي فبان أنه قريب في بلد العقد وقت النكاح لم ينعقد إن ثبت قربه ببينة عند الشيخ ابن حجر خلافاً لما نقله الزركشي والشيخ زكريا عن فتاوي البغوي في الاكتفاء بحلفه ووافقهم الرَّملي في النهاية (انظر ترشيح المستفيدين مع فتح المعين بالمعنى ص٣١٣).

(ويجوز للولي) المجبر من أب أو جد **(أن يوكل بتزويجها)** أيْ موليته إن كانت بكراً بغير إذنها وإن كانت بالغة كما يزوجانها بغير إذنها ولغيرهما من باقي الأولياء التوكيل بعد استئذانها في التزويج وإنْ لم تنص على التوكيل (المشكاة ص٩٨)،

(ولا يجوز) للولي **(أن يوكل)** في تزويجها **(إلا من يجوز أن يكون وليا)** في النكاح لأنه قائم مقامه فلا يجوز أنْ يوكل عبداً ولو بإذن سيده ولا فاسقاً لأنه لا يزوج بنته فبنت غيره أولى (المشكاة مع تغيير ص١٠٠). **(وللزوج أن يوكل في القبول)** لأن من ملك مباشرة شيء ملك التوكيل فيه ولأنه صلى الله عليه وآله وسلم وكل عمرو بن أمية الضمري في نكاح أم حبيبة رواه البيهقي.

(من يجوز أن يقبل النكاح لنفسه ولو عبداً) وإن لم يكن جائز التصرف بأن لم يأذن له سيده لأنه لا ضرر على السيد فيه بخلافه في قبوله لنفسه لما فيه من التزام النفقة والمهر ومثل العبد المحجور عليه بالسفه وإن لم يأذن له وليه (المشكاة مع تغيير يسير ص١١٥)، **(وليس للولي ولا للوكيل أنْ يوجب النكاح**

لنفسه فلو أراد وليها أن يتزوجها كابن العم فوض العقد إلى ابن عم في درجته، فإن فقد فالقاضي وليس لأحد أن يتولى الإيجاب والقبول في نكاح واحد إلا الجد في تزويج بنت ابنه بابن ابنه................

الشرح

لنفسه) لئلا يكون موجباً وقابلاً **(فلو أراد وليها أن يتزوجها كابن العم)** شقيقاً كان أو لأب **(فوض العقد إلى ابن عم في درجته)** لاشتراكه في الولاية لا أبعد منه لحجبه

[تَنْبِيْهٌ]: ليس المراد بقول المصنف فوض العقد الى ابن عم في درجته انَّه يوكل ابن عمه في تزويجها ولكن المراد أن تأذن المرأة لابن عمها الآخر في تزويجها.

(فإن فقد) من في درجته **(فالقاضي)** بالولاية العامة فإن أراد القاضي أنْ يتزوج من هو ولي لها لفقد الولي الخاص فلا يتولى الطرفين بل يزوجه قاضٍ آخر ولو خليفته، قال باسودان في منظومته.

وإن يـرد القاضـي التـزوج فلينـب   أوْ الحكـم للسـلطان فـي ذلـك الحد

وقيل يجوز للسلطان أن يوجب لنفسه فيمن هي في ولايته لأنه ليس فوقه من يزوجها منه ودفع بأن نوابه يزوجونه (شرح التنبيه مع زيادة ج٢/٥٩٧).

(وليس لأحد) من الأولياء **(أنْ يتولى الإيجاب والقبول في نكاح واحد إلا الجد)** أو وكيليه أو وكيله وهو **(في تزويج بنت ابنه)** البكر أو المجنونة **(بابن ابنه)** الآخر المحجور عليه والأب فيهما ميت أو ساقط الولاية، ولصحة تزويج الجد بنت ابنه على ابن ابنه ثلاثة شروط:

١ ـ أن لا يكون أبو الولد من أهل الولاية.

٢ ـ وأن يكون ابن الابن محجوراً عليه لصغرٍ أو جنون أو سفه.

ثم الولي على قسمين: مجبر وغير مجبر، فالمجبر هو الأب والجد خاصة في تزويج البكر فقط وكذا السيد في أمته مطلقاً، ومعنى المجبر أنَّ له أنْ يزوجها من كفءٍ بغير رضاها وغير المجبر لا يزوج إلا برضاها وإذنها،

الشرح

٣ ـ وأن تكون بنت الابن بكراً أو مجنونة.

وشَرَطَ ابنُ معين في التنقيب وصاحب الاستقصاء والشيخ ابن حجر أن يقول وقبلت نكاحها له بالواو فإن ترك الواو لم يصح واعتمد شيخ الإسلام وبامخرمة والرملي والخطيب أن ذلك ليس بشرط (شرح التنبيه ج٢/٥٩٧ والمشكاة مع النقول الصحاح ص ١٠٢ ـ ١٠٣).

(**ثم الولي على قسمين مجبر وغير مجبر فالمجبر هو الأب والجد خاصة في تزويج البكر فقط**) بسبعة شروط: ثلاثة تشترط لجواز الإقدام وهي أن يزوجها بمهر المثل وبنقد البلد وكونه حالاً ما لم تجر عادتهم بالتأجيل في الكل أو في البعض وأربعة تشترط لصحة النكاح وهي: أن يكون الزوج كفؤاً مؤسراً بمهر المثل ليست بينها وبينه عداوة لا ظاهرة ولا باطنة، وأن لا تكون بينها وبين الولي عداوة ظاهرة (النقول الصحاح بهامش المشكاة ص١٢٦). (**وكذا السيد في أمته**) يزوجها إجباراً (**مطلقاً**) بكراً أوْ ثيباً صغيرة أو كبيرة عاقلة أو مجنونة (المشكاة ص١٣١)، لأنَّ النكاحَ يرد على البضع وهو مملوك له نعم لا يزوجها من مجنون أو أبرص بغير رضاها ولا تجبر المبعضة (شرح التنبيه ج٢/٥٩٣). (**ومعنى المجبر أنَّ له أنْ يزوجها من كفءٍ بغير رضاها**) إذا توفرت شروط الإجبار المتقدمة (**وغير المجبر لا يزوج إلا برضاها وإذنها**) بعد بلوغها لأنهم ليسوا في معنى الأب ولم يرد نص في غيره وقد قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «لا تنكحوا الأيامى حتى تستأمروهن» رواه الحاكم بهذا اللفظ وأبو داود

فمتى كانت بكراً جاز للأب أو الجد تزويجها بغير إذنها لكن يند
استئذان البالغة وإذنها السكوت وأما الثيب العاقلة فلا يزوجها أحد إ
بإذنها بعد البلوغ باللفظ، سواء الأب والجد وغيرهما، ....

الشرح

والترمذي وغيرهما بمعناه (**فمتى كانت بكراً جاز للأب أو الجد تزويجها بغ**
إذنها) لحديث الدار قطني «الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يزوجها أبوه
وقيس الجد على الأب لاشتراكهما في الولادة والتعصيب وولاية المال (شر
التنبيه ج٢/٥٩٢ ـ ٥٩٣)، (**لكن يندب استئذان البالغة**) العاقلة ولو سكرا
تطييباً لخاطرها أما الصغيرة فلا إذن لها وبحث ندبه في المميزة لاطلاق الخ
ولأن بعض الأئمة أوجبه ويسن أن لا يزوجها حينئذ إلا لحاجة أو مصلحة و
يرسل لموليته ثقة لا تحتشمها والأم أولى ليعلم ما في نفسها (التحفة ج٧/٤٤
ـ ٢٤٥).

(**وإذنها السكوت**) لحديث مسلم: «الثيب أحق بنفسها من وليها والبك
تستأذن وإذنها صماتها» (**وأما الثيب العاقلة فلا يزوجها أحد إلا بإذنها بع**
البلوغ) لخبر مسلم: «الثيب أحق بنفسها من وليها» وإذنها يكون (**باللفظ**
للحديث السابق، وفي البخاري عن خنساء بنت خذام بن خالد الأنصارية: أ
أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك، فأتت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فرد نكاحها
وفي رواية للنسائي أنها كانت بكراً، والصحيح الأول، وروى هو وأبو داود ع
ابن عباس مرفوعاً «ليس للولي مع الثيب أمر» قال البيهقي في (خلافياته) روات
ثقات، ومن جهة المعنى: أن الثيبَ عرفت مقصود النكاح فلم تجبر، بخلاف
البكر (النجم ج٧/٧١ ـ ٧٢).

(**سواء الأب والجد وغيرهما**) ولا يكفي سكوتها ولا إشارتها إلا الخرسا
فتزوج بإشارتها المفهمة أو بكتبها كما بحثه الأذرعي، فلو لم تكن لها إشار

وأما قبل البلوغ فلا تزوج أصلاً وإن كانت مجنونة صغيرة زوجها الأب أو الجد أو كبيرة زوجها الأب أو الجد أو الحاكم لكن الحاكم يزوجها للحاجة ....

الشرح

مفهمة ولا كتابة فالأوجه أنها كالمجنونة فيزوجها الأب ثم الجد ثم الحاكم دون غيرهم (التحفة مع ع ب ج٧/٢٤٦).

[تَنْبِيْهٌ]: المراد بالثيب من زالت بكارتها بوطء حلال أو حرام أو بوطء شبهة ولو كانت وطئت نائمة أو مكرهة أو مجنونة، أما لو أزيلت بكارتها بسقطة أو اصبع وحدة طمث وطول تعنيس فلها حكم البكر وكذا لو خلقت بلا بكارة، ولو ذهبت بكارتها ثم عادت لا يكون لها حكم الأبكار (انظر النجم ج٧/٧٢ ـ ٧٣).

(**وأما قبل البلوغ فلا تزوج أصلاً**) عندنا معشر الشافعية لوجوب إذنها وهو متعذر مع صغرها ومثلها البكر اليتيمة وهي من لا أب ولا جد لها ولكن لدى الإمام أبي حنيفة النعمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يجوز تزويجهما فيصح للشافعي تقليد الحنفي في المسألتين لكن مع التزام كل ما يوجبه أبو حنيفة من الأحكام في ذلك اهـ (ملخصاً من زيتونة الالقاح ص٤١ ـ ٤٤).

(**وإن كانت**) الثيب أل (**مجنونة**) جنونا مطبقا (**صغيرة زوجها الأب أو الجد**) فقط عند ظهور المصلحة في تزويجها من كفاية نفقة ونحوهما ولا يعتبر في حقها الحاجة (**أو**) كانت الثيب المجنونة جنوناً مطبقاً (**كبيرة زوجها الأب أو الجد أو الحاكم**) دون غيرهم من سائر العصبات كولاية المال (المشكاة ص١٣١). (**لكن الحاكم يزوجها للحاجة**) إلى النكاح لظهور رغبتها فيه أو لتوقع شفائها بالوطء (المشكاة ص١٣١).

والأب والجد يزوجها للحاجة والمصلحة ولا يلزم السيد تزويج الأمة والمكاتبة وإن طلبتا ولا يزوج أحد من الأولياء المرأة من غير كفءٍ إلا برضاها ورضا سائر الأولياء، فإن كان وليها الحاكم لم تزوج من غير كفء

الشرح

(**والأب والجد يزوجها للحاجة**) ولا يشترط ظهور الحاجة في تزويجهما إياها بخلاف الحاكم (**والمصلحة**) ككفاية النفقة ونحوها مما مر؛ (**ولا يلزم السيد تزويج الأمة**) لما فيه من تفويت الاستمتاع عليه ونقصان القيمة وقيل إن حرمت عليه تحريماً مؤبداً لزمه تزويجها إذ لا يتوقع فيها قضاء الشهوة ولا بد من إعفافها وإن كان تحريمها لعارض لم يلزمه قطعاً بأن ملك أختين ووطء إحداهما فطلبت الأخرى التزويج (شرح التنبيه ج٢/٥٩٣)، (**والمكاتبة وإن طلبتا**) التزويج لكن لا يجوز له تزويج المكاتبة بغير إذنها لأنها كالخارجة عن ملكه (شرح التنبيه ج٢/٥٩٤).

[تَنْبِيْهٌ]: إذا دعت المكاتبة إلى تزويجها فقد قيل يجب لأنها تنتفع بذلك وتستعين به على أداء باقي الكتابة وصححه ابن الرفعة، وقيل لا يجب لأنها ربما عجزت نفسها فتصير ناقصة وصححه النووي (شرح التنبيه ج٢/٥٩٤). (**ولا يزوج أحد من الأولياء المرأة من غير كفءٍ إلا برضاها ورضا سائر الأولياء**) أي باقيهم الذين لهم ولاية حال العقد ولا يعتبر رضى الأبعد مع وجود الأقرب (شرح التنبيه ج٢/٥٩٧ ـ ٥٩٨).

[تَنْبِيْهٌ]: إنما صح تزويجها بغير كفءٍ برضاها ورضا سائر الأولياء لأنَّ الكفاءة معتبرة في النكاح لا لصحته مطلقا بل حيث لا رضا من المرأة وحدها في جب ولا عنة ومع وليها الأقرب فقط فيما عداهما (التحفة ج٧/٢٧٥).

(**فإن كان وليها الحاكم**) وليس لها ولي خاص (**لم تزوج من غير كفء**

أصلاً وإن رضيت وإن دعت إلى غير كفء لم يلزم الولي تزويجها وإن عينت كفؤاً وعين الولي كفؤاً غيره فمن عينه الولي أولى إن كان مجبراً

الشرح

أصلاً وإن رضيت) فإن زوجها الحاكم في هذه الحالة لم يصح النكاح لما فيه من ترك الاحتياط ممن هو كالنائب عن الولي الخاص بل وعن جميع المسلمين ولهم حظٌ في الكفاءة (التحفة ج٧/٢٧٧).

قال في «العدة والسلاح مع المشكاة» «ولو طلبت من لا ولي لها أن يزوجها السلطان» أو نائبه «بغير كفؤ ففعل لم يصح» لأنه كالنائب عن الولي الخاص فلا يترك حظه ويستثنى العنين والمجبوب كما سبق، نعم اختار جماعة من الأصحاب الوجه القائل بالصحة مطلقا منهم الشيخ أبو محمد والإمام الغزالي والعبادي والشيخ أبو حامد ومال إليه السبكي ورجحه البلقيني وغيره وعليه العمل بخلاف مَنْ لها ولي خاص لتعذر التزويج من جهته لغيبته أو إحرامه أوْ نحوه فلا يصح تزويجها بغير كفؤ قطعاً اهـ (المشكاة ١٠٥ ـ ١٠٦).

[تَنْبِيهٌ]: قال الشيخ بن حجر: بحث جمع متأخرون أنها لو لم تجد كفؤاً وخافت العنت لزم القاضي إجابتها قولاً واحداً للضرورة كما أبيحت الأمة لخائف العنت ـ إلى أن قال ـ: وهو متجه مدركاً والذي يتجه نقلاً ما ذكرته أنه إن كان في البلد حاكم يرى تزويجها من غير الكفؤ تعين فإن فقد ووجدت عدلاً تحكمه ويزوجها تعين فإن فقد تعين ما بحثه هؤلاء اهـ (التحفة ج٧/٢٧٧ بتصرف) **(وإن دعت إلى غير كفء لم يلزم الولي تزويجها)** لأن له حقاً في الكفاءة بخلاف ما إذا دعت إلى عنين أو مجبوب فإنه يلزمه الإجابة ويأثم بالامتناع وكذا إنْ امتنع لنقصان المهر أو لكونه من غير نقد البلد لأنه محض حقها. **(وإن عينت كفؤاً وعين الولي كفؤاً غيره فمن عينه الولي أولى)** في الأصح **(إن كان مجبراً)** وإن كان معينها يبذل أكثر من مهر المثل لأنه أكمل نظرا

وإلا فمن عينته أَوْلى والكفاءة في النسب والدين والحرية والصنعة وسلامة العيوب المثبتة للخيار: فلا يكافئُ العجمي عربية ولا غير قرشي قرشية ولا غير هاشمي ومطلبي هاشمية أو مطلبية، ولا فاسق عفيفة

الشرح

منها والثاني يلزمه إجابتها إعفافاً لها واختاره السبكي وغيره قال الأذرعي ويظهر الجزم به إن زاد معينها لنحو حسن أو مال (التحفة ج٧/٢٥٣) (وإلا) إذا لم يكن الولي مجبراً (فمن عينته أَوْلى) قطعاً لتوقف نكاحها على إذنها (التحفة ج٧/٢٥٣).

(والكفاءة) هي لغة: التساوي والتعادل، واصطلاحاً: أمر يوجب عدمه عاراً وضابطها مساواة الزوج للزوجة في كمال أو خسة ما عدا السلامة من عيوب النكاح، وهي معتبرة في النكاح لا لصحته بل لأنها حق للمرأة والولي فلهما اسقاطها (إعانة الطالبين مع فتح المعين ج٣/٣٣٠)، وتكون (في النسب والدين) فلا يكافي مبتدع سنية ولا محجور عليه بسفه رشيدة (والحرية والصنعة وسلامة العيوب المثبتة للخيار: فلا يكافئُ العجمي عربية) لشرف نسب العرب على العجم (ولا غير قرشي قرشية ولا غير هاشمي ومطلبي هاشمية أو مطلبية) ولا هما حسنية ولا حسينية وكذلك لا يكافي من أسلم بنفسه أو له أبوان في الإسلام من أسلمت بأبيها أَوْ من لها ثلاثة آباء فيه ولا من أسلم أبوه وإن علا بعد إسلام أبيها (زيتونة الالقاح ص١٢٣)، والأصح اعتبار النسب في العجم كالعرب قياساً عليهم فالفُرس أفضل من النبط وبنو إسرائيل أفضل من القبط (التحفة ج٧/٢٨٠). والعرب هم أولاد يعرب بن قحطان بن هود وولد إسماعيل عليهما السلام والعجم ما عدا العرب ولا أثر لعجمة اللسان والدار (زيتونة الالقاح ص١٢٣). (ولا) يكافئ (فاسق عفيفة) وإنما يكافئها عفيف وإن لم يشتهر بالصلاح شهرتها ولا يكافئ محجور عليه بسفه رشيدة كما جزم

ولا عبد حرة ولا العتيق أو من مس آباءه رق حرة الأصل ولا ذو حرفة دنيئة بنت ذي حرفة أرفع كخياط بنت تاجر..................

الشرح

بعضهم وذلك لقوله تعالى: ﴿أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًا لَّا يَسْتَوُونَ﴾، والفاسق كفؤ لفاسقة مطلقا إلا إن زاد فسقه أو أختلف نوع فسقهما كما بحثه الأسنوي (التحفة ج٧/٢٨١).

(**ولا**) يكافئ (**عبد حرة**) متأصلة الحرية أو عتيقة أو مبعضة لأنها مع تعييرها به تتضرر بانفاقه نفقة المعسرين (**ولا**) يكافئ (**العتيق أو من مس آباءه رق حرة الأصل**) لنقصه عنها وكذا لا يكافئ من عتق بنفسه من عتق أبوها ولا من مس الرق أحد آبائه أوْ أباً له أقرب من لم يمس أحد آبائها أو مس أباً أبعد ولا أثر لمس الرق في الأمهات (زيتونة الالقاح ص١٢٤).

قال في الروضة وهو المفهوم من كلام الأصحاب وبه صرح صاحب البيان، فقال: وَمَن ولدته رقيقة كفء لمن ولدته عربية لأنه يتبع الأب في النسب (شرح المنهج بهامش الجمل ج٤/١٦٥ ـ ١٦٦).

(**ولا**) يكافئ (**ذو حرفة دنيئة**) وهي ما دلت ملابسته على انحطاط المروءة وسقوط النفس (التحفة ج٧/٢٨١)، (**بنت ذي حرفة أرفع كخياط بنت تاجر**) وهو من يجلب البضائع من غير تقييد بجنس منها للبيع (التحفة ج٧/٢٨٢)، ولا يكافئ الكناس والحجام والحارس بنت خياط ولا بزاز وخياط وتاجر بنت عالم أو قاض ولا يكافئ الجاهل عالمة عند الرملي والخطيب لأن العلم إذا اعتبر في آبائها فلأن يعتبر فيها بالأولى إذْ أقل مراتب العلم أنْ يكون كالحرفة وصاحب الدنيئة لا يكافئ الشريفة (ع ب مع التحفة بتصرف ج٧/٢٨٢).

[تَنْبِيْهٌ]: من له حرفتان دنيئة ورفيعة اعتبر ما اشتهر به ولا غلبت

ولا معيب بعيب يثبت الخيار سليمة منه ولا اعتبار باليسار والشيخوخة فمتى زوجها بغير كفء بغير رضاها ورضا الأولياء الذين هم في درجته فالنكاح باطل وإن رضوا ورضيت فليس للأبعد اعتراض

الشرح

الدنيئة بل لو قيل بتغليبها مطلقاً لأنَّه لا يخلو من تعييره بها لم يبعد ذكره في التحفة (٢٨٢/٧).

(ولا) يكافئ (معيب بعيب يثبت الخيار) كجنون أو جذام أو برص (سليمة منه) لأنَّ النفس تعاف صحبة من به ذلك ولو كان بها عيبٌ أيضاً فلا كفاءة وإنْ اتفقا وما بها أكثر لأنَّ الإنسان يعاف من غيره ما لا يعاف من نفسه (شرح المنهج بهامش الجمل ج٤/١٦٥).

[تَنْبِيْهٌ]: ظاهرة عبارة المصنف تقتضي انها لو كانت بها نفس العيب الذى بالخاطب انه يعتبر كفؤاً لها والمعتمد أنَّه لا يعتبر كفؤاً لها وإن كان ما بها أكثر قلت وقد أطال الكلام على هذه المسالة العلامة ابن حجر في حاشيته على فتح الجواد بما ينبغي مراجعته نظراً لأهميته اهـ

أمّا العيوب التي لا تثبت الخيار فلا تؤثر كعمى وقطع أطراف وتشوه صورة (التحفة ج٧/٢٧٩)، (ولا اعتبار باليسار) بالمهر والنفقة ونحوهما فالمعسر كفؤ للموسر لأنَّ المالَ غادٍ ورائح ولا يفتخر به أولو المروءات والبصائر (المشكاة ص١١٣).

(والشيخوخة) وقال الروياني: ليس الشيخ كفؤاً للشابة (التحفة ج٧/٢٧٩)، (فمتى زوجها بغير كفء بغير رضاها) بأن كان مجبراً أو غير مجبر وأذنت له من غير تعيين الزوج (ورضا الأولياء الذين هم في درجته فالنكاح باطل) لعدم الغبطة والمصلحة (وإن رضوا ورضيت) بغير الكفؤ (فليس للأبعد اعتراض) إذْ

وإذا رأى الأب أوْ الجد المصلحة في تزويج الصغير زَوَّجَهُ وليس له أنْ يزوجه أمة ولا معيبة وإن كان سفيهاً أو مجنوناً مطبقاً واحتاج إلى النكاح

الشرح

لا حق له الآن في الولاية ولا نظر إلى تضرره بلحوق العار لنسبه لأنَّ القرابة يكثر انتشارها فيشق اعتبار رضا الكل ولا ضابط يوقف عنده فالوجه قصره على الأقربين (التحفة ج٧/٢٧٥ والمغني ج٣/٢١٢). (**وإذا رأى الأب أوْ الجد المصلحة في تزويج الصغير**) العاقل غير الممسوح (**زَوَّجَهُ**) ولو أربعاً بالمصلحة بخلاف الصغير المجنون لا يزوج لانتفاء حاجته في الحال وبعد البلوغ لا يدرى كيف يكون الأمر بخلاف العاقل إِذْ الظاهر حاجته إليه بعد البلوغ (المشكاة ص١١٥ مع تقديم وتأخير).

(**وليس له أنْ يزوجه أمة**) لانتفاء خوف الزنا المعتبر في جواز نكاحها (المشكاة ص١١٥ بالمعنى) (**ولا معيبة**) بعيب يثبت الخيار لأنَّه خلاف الغبطة ومثلها العمياء والعجوز ومفقودة بعض الأطراف على الأصح وله أنْ يزوجه ممن لا تكافيه فيما عدا العيب لأنَّ الرجلَ لا يُعَيَّرُ باستفراشه مَن لا تكافيه بخلاف المرأة (المشكاة ص١١٥). (**وإن كان**) الرجل الذي يريد النكاح (**سفيهاً**) محجوراً عليه (**أو**) كان (**مجنوناً**) بالغاً وكان جنونه (**مطبقاً واحتاج إلى النكاح**) لشدة شهوته للوطء بأن تظهر رغبته للنساء بدورانه حولهن وتعلقه بهن ونحو ذلك أو بأن يتوقع شفاءه بالوطء بشهادة عدلين من الأطباء أو بأن يحتاج إلى من يخدمه ويتعهده ولا يوجد في محارمه من يقوم بذلك وكان التزويج أرفق له من ثمن جارية فيجوز تزويجه حينئذ بل يجب لذلك ثم إنما يزوج واحدة فقط لاندفاع الحاجة بها وحيث كان معسراً أو خشي عليه العنت جاز تزويجه أمة بشرطه، أما المجنون الصغير فلا يزوج في الأصح لأنَّه لا حاجة له في الحال وبعد البلوغ لا يُدْرى ما حاله (المشكاة ص١١٦).

زوجه الأب أو الجد أو الحاكم فإن أذنوا للسفيه أن يعقد لنفسه جاز وإن عقد بلا إذن فباطل وإن كان مطلاقاً تسرى جارية واحدة والعبد الصغير يزوجه السيد والكبير يتزوج بإذنه..................

الشرح

(**زوجه الأب أو الجد**) إن بلغ سفيها، (**أو الحاكم**) عند فقد الأب والجد، أما إذا بلغ رشيداً ثم طرأ السفه فالحاكم يتولى تزويجه فقط دون بقية الأولياء، وإنما يزوج السفيه واحدة فقط بشرط حاجته إلى النكاح للتوقان أو الخدمة على مَا مَرَّ في المجنون ولا يعتمد دعواه الحاجة بل لا بُدَّ من ظهور أمارات الشهوة لأنَّه قد يقصد إتلاف ماله (المشكاة ص١١٧). (**فإن أذنوا للسفيه أن يعقد لنفسه جاز**) لصحة عبارته والمنع من نكاحه بنفسه إنما كان صوناً لماله وقد زال بإذنه (شرح التنبيه ج٢/٥٩١).

(**وإن عقد بلا إذن فباطل**) فإن وطئ في هذا النكاح لم يلزمه حد لشبهة اختلاف العلماء ولا مهر إن كانت الموطوءة رشيدة مختارة لأنها سلطته على بضعها (المشكاة ص١١٨)، (**وإن كان**) السفيه (**مطلاقاً**) أيْ يكثر الطلاق (**تسرى جارية واحدة**) لئلا يفنى ماله في مؤن النكاح والجارية لا يقدر على اعتاقها فإن تبرم منها أبدلت والإكثار أَنْ يطلق ثلاث مرات ولو مِنْ زوجة واحدة على المرجح (المشكاة ص١١٩). (**والعبد الصغير يزوجه السيد**) كما يزوج ولده الصغير هذا ما اعتمده المصنف رحمه الله تعالى تبعاً لصاحب التنبيه وهو مقابل الأظهر في المنهاج، والذي صححه الشيخان وصاحب العدة والسلاح امتناع تزويجه وهو المعتمد (**و**) العبد (**الكبير يتزوج بإذنه**) أي بإذن السيد رجلاً كان أوْ امرأة فإن تزوج بلا إذن لم يصح لحديث «أيما عبد مملوك تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر» رواه أبو داود والترمذي وصححه ثم حيث وطئ في النكاح الفاسد فلا حد ويلزمه مهر المثل في ذمته (المشكاة ص١١٩).

وليس للسيد إجباره على النكاح ولا للعبد إجبار السيد عليه.

الشرح

(**وليس للسيد إجباره على النكاح**) لأنه يملك رفع النكاح بالطلاق فكيف يجبر على ما يملك رفعه ولأنَّ النكاح يلزم ذمته ما لا ولا يجبر عليه كالكتابة (شرح التنبيه ج٢/٥٩٢)، (**ولا للعبد إجبار السيد عليه**) لأنَّه يشوش عليه مقاصد الملك وفوائده وقيل يجبر عليه لئلا يورطه في الحرام (شرح التنبيه ج٢/٥٩٢).

** ** **

فَصْلٌ

يجب تسليم المرأة على الفور إذا طلبها في منزل الزوج إن كانت تطيق الاستمتاعَ فإنْ سألتْ الانتظار أُنظرت وأكثره ثلاثة أيام فإن كانت أمة لم يجب تسليمها إلا بالليل وهي بالنهار عند السيد والمستحب أن يأخذ الزوج بناصيتها أول ما يلقاها.......................

الشرح

(فصل في تسليم الزوجة للزوج)

(**يجب تسليم المرأة على الفور إذا طلبها في منزل الزوج**) ومؤنة نقلها عليه (**إن كانت**) ممن (**تطيق الاستمتاع**) بها فإن لم يمكن لمرض أو صغر أَوْ نضو خلْقَة بحيث يضر بها الوطء لم تسلم إليه حتى يزول المانع (شرح التنبيه ج٢/٦٠٠).

(**فإنْ سألتْ الانتظار**) أيْ طلبت الإمهال لتنظف ونحوه (**أُنظرت وأكثره ثلاثة أيام**) وجوباً لأنَّها مدة قريبة ولها اعتبار في الشرع (شرح التنبيه ج٢/٦٠٠)، لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «لا تطرقوا النساء ليلاً حتى تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة» متفق عليه، ولا تنظر أكثر من ثلاث أيام لأنها أقل الكثير وأكثر القليل ولأنَّ الحاجة تحصل بها ولا خلاف أنها لا تمهل لتهيئة الجهاز والتسمين ونحو ذلك هذا إذا لم يظهر تعنتها في الاستمهال فإن ظهر ذلك فيشبه عدم إجابتها وتأثم بذلك (النجم الوهاج ج٧/٣٠٨ ـ ٣٠٩ مع حذف كثير)، (**فإن كانت أمة لم يجب تسليمها إلا بالليل وهي بالنهار عند السيد**) لأن السيد يملك منها منفعتين منفعة الاستمتاع ومنفعة الاستخدام فإن زوجها فقد عقد على إحدى المنفعتين وبقيت الأخرى يستوفيها في وقتها وهو النهار كما إذا أجرها يسلمها للمستأجر نهاراً ويمسكها للاستمتاع ليلاً (شرح التنبيه ج٢/٦٠٠).

(**والمستحب**) إذا سُلِّمت للزوج (**أن يأخذ الزوج بناصيتها أول ما يلقاها**

ويدعو بالبركة ويملك الاستمتاع بها من غير إضرار وله أن يسافر بها إن كانت حرة، وله أن يعزل عنها حرة كانت أو أمة لكن الأُولى أن لا يفعل وله أن يلزمها بما يتوقف الاستمتاع عليه كالغسل من الحيض

الشرح

ويدعو بالبركة) كأن يقول بارك الله لكل واحدٍ منا في صاحبه، روى أبو داود حديث «إذا تزوج أحدكم امرأة أوْ اشترى جارية فليقل، اللهم إني أسالك خيرها وخير ما جبلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشَرِ ما جبلتها عليه وليأخذ بناصيتها وليدع بالبركة».

(ويملك الاستمتاع بها من غير إضرار) لأنه المعقود عليه فإن ضرَّها استمتاعه لمرضها أو نحافتها أو كبر آلته فلها منعه (شرح التنبيه ج٢/٦٠١)، **(وله أن يسافر بها إن كانت حرة)** فإن كانت أمة لم يسافر بها إلا بإذن السيد (شرح التنبيه ج٢/٦٠١).

(وله أن يعزل) وهو أَنْ يجامع فإذا قاربَ الإنزال نزع خارج الفرج **(عنها حرة كانت أو أمة لكن الأولى أن لا يفعل)** لحديث مسلم أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سئل عن العزل فقال هو الوأد الخفي.

[تَنْبِيْهٌ]: إذا كانت الزوجة أمة جاز العزل اتفاقاً وإِنْ كانت حرة ففي جوازه قولان المعتمد الجواز لأنَّ حقها في الوطء لا في الإنزال بدليل انقطاع طلبها في الإيلاء والعنة بتغييب الحشفة وقيل لا يجوز لما فيه مِنْ الضرر بتبعيض الاستمتاع وتهيج الدواعي (التنبيه مع شرحه بتصرف ٢/٦٠١).

(وله) أي الزوج **(أن يلزمها)** أيْ يجبرها **(بما يتوقف الاستمتاع عليه كالغسل من الحيض)** لتوقف الوطء عليه شرعاً لأنَّه لا يجوز وطؤها في حال الحيض بالإجماع ومن استحله كفر وفي التنزيل **﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ قُلْ**

وبما يتوقف عليه كمال اللذات كالغسل من الجنابة والاستحداد وإزالة الأوساخ.

الشرح

هُوَ أَذًى فَٱعْتَزِلُواْ ٱلنِّسَآءَ فِي ٱلْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾. (و) الأظهر أنّ له أنْ يجبرها (**بما يتوقف عليه كمال اللذات كالغسل من الجنابة والاستحداد وإزالة الأوساخ**) واجتناب النجاسات وقص الأظفار والثاني ليس له إجبارها عليه لأنّه لا يمنع أصل الاستمتاع فإن تفاحش طول شعر العانة والإبط والظفر وكثرة الأوساخ حتى خرج عَنْ العادة ونفرت منه النفس أجبرها على إزالته قوْلاً واحداً (شرح التنبيه ج٢/٦٠١ ـ ٦٠٢).

** ** **

فَصْلٌ

يحرم نكاح الأم والجدات وإن علون والبنات وبنات الأولاد وإن سفلن والأخوات وبنات الإخوة والأخوات وإن سفلن والعمات والخالات وإن علون. ....

الشرح

(فصل في موانع النكاح)

(**يحرم نكاح الأم**) وهي من ولدتك (**والجدات**) من جهة الآباء والأمهات (**وإن علون**) وهن كل من ولدت من ولدك، وحرمة أزواجه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لكونهن أمهات المؤمنين في الاحترام فهي أمومة غير ما نحن فيه (التحفة ج٧/٢٩٨). (**والبنات**) وَلَو احتمالاً كالمنفية باللعان وَمَنْ ثَمَّ لو أكذب نفسه لحقته ومع النفي لا يثبت لها من أحكام النسب سوى تحريم نكاحها على الأوجه هذا ما اعتمده الشيخ ابن حجر والذي جرى عليه الخطيب والرملي أَنَّه يثبت لها جميع أحكام النسب سوى جواز النظر والخلوة فيحرمان احتياطاً (التحفة مع ع ب ج٧/٢٩٨ ـ ٢٩٩)، (**وبنات الأولاد**) إناثاً وذكوراً (**وإن سفلن والأخوات**) من جهة أبويك أَو أحدهما نعم لو زوجه الحاكم مجهولة ثم استحلقها أبوه بشرطه ولم يصدقه هو ثبتت أخوتها له وبقي نكاحه وَلَو أبانها لم تحل له وقيس بهذه الصورة ما لو تزوجت بمجهول النسب فاستحلقه أبوها ثبت نسبه ولا ينفسخ النكاح إِن لم يصدقه الزوج (التحفة مع ع ب ج٧/٢٩٩)، (**وبنات الإخوة والأخوات وإن سفلن والعمات والخالات وإن علون**) بأَنْ تكون خالة أب أو جد أو عمة أب أو جد وهؤلاء هن المذكورات في آية: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾ وإطلاق كل واحدٍ منهما على القربى حقيقةً وعلى البعدى مجازاً (قال في النجم ج٧/١٥٥:

وأم الزوجة وجداتها وأزواج آبائه وأولاده. هؤلاء كلهن يحرمن بمجرد العقد وأما بنت زوجته فلا تحرم إلا بالدخول بالأم.............

الشرح

فأخت الأب والأم حقيقة وأخت الجد والجدة مجاز على الأصح ولا تحرم بناتهن اهـ).

[تَنْبِيهٌ]: المخلوقة من ماء زناء الرجل تحل له لأنَّها أجنبية عنه إذ لا يثبت لها توارث ولا غيره من أحكام النسب، وقيل تحرم إن أخبره نبي كعيسى وقت نزوله بأنها من مائِهِ ويرد بأن الشارع قطع نسبتها عنه كما تقرر فلا نظرَ لكونها من ماء سفاحه نعم يكره له نكاحها للخلاف فيه، أما المرأة فيحرم عليها وعلى سائر محارمها ولدها من الزنا إجماعاً لأنَّه بعضها وانفصل منها إنساناً بخلاف المني (التحفة ج٧/٢٩٩).

(وأم الزوجة وجداتها) دخل بها أو لم يدخل **(وأزواج آبائه)** قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ الآية، **(وأولاده)** وإنْ سفلوا قال تعالى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ﴾، **(هؤلاء كلهن)** أيْ المحرمات من جهة المصاهرة **(يحرمن بمجرد العقد)** الصحيح دون الفاسد لأن الفاسد لا حرمة له ما لم ينشأ عنه وطء أوْ استدخال لأنه حينئذ وطئ شبهة واستدخال وهو محرم كما سيأتي.

[تَنْبِيهٌ]: قال الغمراوي على قوله (هؤلاء كلهن) ما نصه: المحرمات من جهة النسب يحرمن بمجرد العقد وليس كما قال رحمه الله لأن المحرمات من جهة النسب لا يجري عقد عليهن أصْلاً فليتنبه لذلك.

(وأما بنت زوجته فلا تحرم إلا بالدخول بالأم) بأَنْ وطئها في حال حياتها ولو في الدبر وإن كان العقد فاسداً وكذا إنْ استدخلت ماءه المحترم في حال

فإن أبان الأم قبل الدخول بها حلت له بنتها ويحرم عليه من وطئها أحد آبائه أو أبنائه بملك أو شبهة وأمهات موطؤاته بملك أو شبهة وبناتها كل ذلك تحريماً مؤبداً ويحرم أن يجمع بين المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها ....

الشرح

نزوله وإدخاله إذ هو كالوطء في أكثر أحكامه، قال الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾، والفرق من حيث المعنى بين الأم والبنت أن الرجل يبتلى عادة بمكالمة أم الزوجة عقب النكاح لأنَّها التي ترتب أموره فحرمها الشارع بنفس العقد ليتمكن من الخلوة بها ويسهل ترتيب مصالحها بخلاف البنت فإنَّها لا تسعى في مصالح الأم فانتفى هذا الغرض (شرح التنبيه ج٢/٦٠٣).

(**فإن أبان الأم قبل الدخول بها حلت له بنتها**) وإنْ أَبانَ الأمَ بعد الدخول بها حرمت ابنتها على التأبيد.

(**ويحرم عليه من وطئها**) ولو في الدبر وكذا من استدخلت ماء (**أحد آبائه أو أبنائه**) بنسب أو رضاع (**بملك**) لأنَّ الوطء نزل به منزلة عقد النكاح (**أو شبهة**) لصيرورتها فراشاً له فيثبت النسب وتجب العدة، (**و**) تحرم عليه (**أمهات موطؤاته**) ولو في الدبر وكذا استدخال مائه (**بملك أو شبهة وبناتها كل ذلك تحريماً مؤبداً**) كالتحريم بالنسب ثم النظر في الشبهة إلى ظن الواطئ لا الموطؤة حتى لو كان زانياً دونها لم يثبت التحريم (المشكاة ص١٤٩). (**ويحرم أن يجمع**) ابتداء أو دواماً (**بين المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها**) من نسب أو رضاع وضابطه أنَّه يحرم الجمع بين كل امرأتين أيتهما قدرت ذكراً حرمت عليه الأخرى على التأبيد والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾

وإن تزوج امرأة ثم وطئها أبوه أو ابنه بشبهة أو وطء هو أمها أو بنتها بشبهة انفسخ نكاحها ومن حرم من ذلك بالنسب حرم بالرضاع ومن حرم نكاحها ممن ذكرناه.........................

الشرح

ولخبر «لا تنكح المرأة على عمتها ولا العمة على بنت أخيها ولا المرأة على خالتها ولا الخالة على بنت أختها لا الكبرى على الصغرى ولا الصغرى على الكبرى» رواه الترمذي وغيره وصححوه، ولما فيه مِنْ قطيعة الرحم وإِنْ رضيت بذلك فإِنَّ الطبعَ يتغير وإليه أشار صلى الله عليه وآله وسلم في خبر النهي عن ذلك بقوله: «إنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامهن» كما رواه ابن حبان وغيره (المشكاة ص ١٤٩ ـ ١٥٠)، وخرج بالنسب والرضاع المرأة وأَمتها فيجوز جمعهما وإِنْ حرم تنكاحهما إن فرضت إحداهما ذكراً والمصاهرة فيجوز الجمع بين امرأة وأم زوجها وبنت زوجها وإنْ حرم تناكحهما لو فرضت إحداهُما ذكراً (شرح المنهج ج٤/١٨٣).

[**فائدة**] قال في التحفة (ج٧/٣٠٧): ويحل الجمع أيضاً بين بنت الرجل وربيبته وبين المرأة وربيبة زوجها من امرأة أخرى وبين أخت الرجل من أمه وأخته من أبيه إذ لا تحرم المناكحة بينهما بتقدير ذكورة إحداهما. اهـ

(**وإن تزوج امرأة ثم وطئها أبوه أو ابنه بشبهة أو وطء هو**) أي الزوج (**أمها أو بنتها بشبهة انفسخ نكاحها**) تنزيلاً للطارئ منزلة المقارن كالرضاع.

(**ومن حرم من ذلك بالنسب حرم بالرضاع**) لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾، ولخبر الصحيحين: «يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب».

(**ومن حرم نكاحها ممن ذكرناه**) من نسب أو رضاع أو مصاهرة أو جمع

حرم وطؤها بملك اليمين ومن وطئ أمته ثم تزوج أختها أو عمتها أو خالتها حلت له المنكوحة وحرمت المملوكة، ويحرم على المسلم نكاح المجوسية والوثنية والمرتدة ومن أحد أبويها كتابي والآخر مجوسي والأمة الكتابية وجارية ابنه ....

الشرح

(**حرم وطؤها بملك اليمين**) كالنكاح بخلاف جمعها في ذلك الملك فيجوز لأنه لا يتعين للوطء (**ومن وطئ أمته ثم تزوج أختها أو عمتها أو خالتها حلت له المنكوحة وحرمت المملوكة**) عليه لأنَّ الاستفراش بالنكاح أقوى منه بالملك إذ يتعلق به الطلاق والظهار والإيلاء واللعان والميراث وغيرها (المشكاة ص١٥٢).

(**ويحرم على المسلم نكاح المجوسية**) وعابدة نحو شمس وقمر وصورة (**والوثنية**) أي عابدة وثن أي صنم وقيل الوثن غير المصور والصنم المصور (**والمرتدة**) لأنها كافرة لا تقر (**ومن أحد أبويها كتابي والآخر مجوسي**) في الأظهر تغليباً للتحريم وهذا في صغيرة أو مجنونة فإن بلغت عاقلة ثم تبعتَ دين الكتابي منهما لحقت به فيحل نكاحها عند الشيخ بن حجر والخطيب وقال الإمام الرملي بعدم حل نكاحها مطلقاً اختارت دين الكتابي أم لا (التحفة مع ع ب ج٧/٣٢٦).

(و) تحرم أيضاً على المسلم (**الأمة الكتابية**) وإن كانت لمسلم لقوله تعالى: ﴿مِّن فَتَيَـٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ﴾، ولأنه اجتمع فيها نقصان لكل منهما أثر في منع النكاح وهما الكفر والرق (المغني ج٣/٢٣٨).

(و) لا يحل أيضاً للأب الحر الكل نكاح (**جارية ابنه**) أَيْ أمة ولده من النسب لأنها كأمته لما له في مال ولده من شبهة الإعفاف والنفقة. أمَّا غير الحر

وجارية نفسه ومالكته لكن يجوز وطء الأمة الكتابية بملك اليمين وتحرم الملاعنة على الملاعن ونكاح المحرمة ونكاح المعتدة من غيره

الشرح

الكل له نكاحها، إذْ ليس عليه إعفافه وكذا إذا كان الولد من الرضاع ويجوز للولد الحر الكل نكاح جارية أبيه وأمُهِ جزماً إذا وجد فيه شروط نكاح الأمة لعدمِ وجوب الإعفاف (المغني ج٣/٢٧٤).

(و) لا يحل أيضاً للشخص نكاح (**جارية نفسه**) التي يملكها كلها أو بعضها ولو مستولدة ومكاتبة لتناقض أحكام الملك والنكاح إذ الملك لا يوجب القسم ولا يقتضي الطلاق ونحوه بخلاف النكاح وعند التناقض يثبت الأقوى ويسقط الأضعف وملك اليمين أقوى (المغني ج٣/٢٣٥)، (و) لا يحل أيضاً للشخص نكاح (**مالكته**) لتضاد الأحكام أيضاً وعلى هذا لو ملكت زوجها أو بعضه ملكاً تاماً انفسخ النكاح لأنها تطالبه بالسفر معها إلى المشرق لأنَّه عبدها وهو يطالبها بالسفر معه إلى المغرب لأنها زوجته وإذا دعاها إلى الفراش بحق النكاح بعثته في اشغالها بحق الملك وإذا تعذر الجمع رفع الأقوى الأضعف كما تقدم (المغني ج٣/٢٣٦). (**لكن يجوز وطء الأمة الكتابية بملك اليمين**) بالإجماع.

(**وتحرم الملاعنة على الملاعن**) لأنَّ اللعان تتأبد به الحرمة باطناً وظاهراً سواء صدقت أم صدق لخبر «**المتلاعنان لا يجتمعان أبداً**» رواه الدار قطني والبيهقي (و) يحرم (**نكاح المحرمة**) بحج أو عمرة كما يحرم عليه النكاح وهو محرم.

(و) يحرم (**نكاح المعتدة من غيره**) لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾، بخلاف ما إذا كان الناكح صاحب العدة فإنَّه

ويحرم على الحر أن يجمع بين أكثر من أربع والأولى الاقتصار على الواحدة وله أن يطأ بملك اليمين ما شاء ويحرم على العبد أكثر من اثنتين ويحرم على الحر نكاح الأمة المسلمة إلا أن يخافَ العنت وهو الوقوع في الزنا ....

الشرح

يجوزُ له نكاحها في عدته سواء كانت عدة نكاح أوْ وطئ شبهة أو نحوهما إِذْ ليس فيه محض اختلاط المياه وفساد الأنساب (المشكاة ص١٣٩).

قال صاحب الزبد:

حرم صريح خطبة المعتدة كذا الجواب لا لرب العدة

(**ويحرم على الحر أنْ يجمع بين أكثر من أربع**) لقوله تعالى ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ وقوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لغيلان وقد أسلم وتحته عشرة نسوة «اختر أربعاً منهن وفارقْ سائرهن» رواه أحمد والترمذي وصححه ابن حبان والحاكم ثم إن نكح خمساً معاً بطل النكاح في الجميع إلا أن يكون فيهن أختان فيبطل فيهما ويصح في الباقي أو مرتبا بطل في الخامسة (المشكاة ص١٥٢ ـ ١٥٣).

(**والأولى الاقتصار على الواحدة**) إذا لم تكن لَهُ حاجة ظاهرة إلى الزيادة لقوله تعالى: ﴿فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تَعۡدِلُواْ فَوَٰحِدَةً﴾، وقد تتعين الواحدة كما في نكاح السفيه والمجنون (المشكاة مع النقول الصحاح ص١٥٣)، (**وله أن يطأ بملك اليمين ما شاء**) لإطلاق الأدلة وللإجماع نعم قال ابن العماد إنَّ الأولى في التسري الاقتصار على واحدة قياساً على ما ذكروه في النكاح كما مر (المشكاة ص١٥٣). (**ويحرم على العبد**) ولو مبعضاً أو مكاتباً (**أكثر من اثنتين**) لإجماع الصحابة عليه رواه البيهقي عن الحاكم بن عتيبة، (**ويحرم على الحر**) كله (**نكاح الأمة المسلمة**) حَذراً من إرقاق ولده (**إلا أن يخافَ العنت وهو الوقوع في الزنا**)

والمرعي عندنا في الخوف عمومه لا خصوصَه حتى لو خاف الزنا من أمةٍ بعينها لقوة ميله إليها لم ينكحها لعدم عموم الزنا سواء كانَ واجداً للطول أَوْ فاقداً له خلافاً للروياني في (البحر) حيث قال: إذا كان واجداً للطول فالوجه ترك التقييد لوجود الطول لأنَّ عموم الزنا شرط فإذا فقد لم يجز نكاح الأمة كما أنَّ عدم الطول شرط فإذا فقد لم يجز نكاحها فكل من فقد عموم الزنا وفقد عدم الطول كافٍ في المنع وضابط خوف الزنا العام: أن يتوقعه لا على ندور بأن تغلب شهوته وتضعف وتقواه، ولا يشترط أن يغلب على ظنه الزنا بخلاف من لم يخف ذلك بأنْ ضعفت شهوته أو قويت تقواه، قال تعالى: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ وأصل العنت: المشقة والمراد به الزنا سمي به لأنَّه سببها إما بالحد في الدنيا أو بالعقوبة في الأخرى. **(وليس عنده حرة)** أو أمة **(تصلح للاستمتاع)** ولو كتابية للنهي عن نكاح الأمة على الحرة، وضابط صلاحها للاستمتاع العرف لا باعتبار طبعه.

[تَنْبِيهٌ]: لو قدر على حرة غائبة حَلَّتْ له أمة إن لحقه مشقة ظاهرة وهي ما ينسب متحملها في طلب زوجة إلى مجاوزة الحد في قصدها أو خاف زنا مدة قصدها وإذا انتفى الأمران لم تحل له الأمة بل يلزمه السفر لها إنْ أمكن انتقالها معه لبلده وإذا لم يمكن انتقالها جاز له حينئذ نكاح الأمة لأنَّ في تكليفه التغريب أعظم مشقة اهـ (التحفة مع توضيح للعبارة ٣١٧/٧)

(وعجز عن صداق حرة) قال تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ۚ وَٱللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَٰنِكُم ۚ بَعْضُكُم مِّنۢ بَعْضٍ ۚ فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ مُحْصَنَٰتٍ غَيْرَ مُسَٰفِحَٰتٍ وَلَا مُتَّخِذَٰتِ أَخْدَانٍ ۚ فَإِذَآ أُحْصِنَّ فَإِنْ

الشرح

﴿أَتَيْنَ بِفَـٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَـٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ ۚ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِىَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ ومثل فقد صداق الحرة وجود الحرة لكن بأكثر من مهر المثل وإن قدر عليه فلا يجب نكاحها بل تجوز الأمة كما لا يجب شراء ماء الطهر بأكثر من ثمن مثله (شرح المنهج ج٤/١٩١)،

(أو) عجز عن **(ثمن جاريةٍ تصلح)** أمَّا من لا تصلح للتمتع كصغيرة لا تحتمل الوطء ورتقاء وقرنا وبرصا وهرمة ومجنونة فكالمعدومة لأنها لا تغنيه (شرح المنهج ج٤/١٩٠). وتردد الإمامُ في جواز نكاح أمة مع تيسر مبعضة، لأنَّ إرقاق بعض الوَلَدِ أَهون من إرقاق كله وعلى تعليل المنع اقتصر الشيخان، قال الزركشي وهو الراجح واعتمده الشيخ بن حجر رحمه الله تعالى (شرح المنهج بالمعنى ج٤/١٩٢ والتحفة ج٧/٣٢٠).

[تَنْبِيْهٌ]: من عجز عن نكاح الحرة لا يلزمه قبول هبة مهر وأمة للمنة. (التحفة ٧/٣١٧)

(ولا يصح نكاح الشغار) للنهي عنه في خبر الصحيحين: مِنْ شَغَرَ الكلبُ رجله رفعها ليبول، فكأن كلاً منهما يقول لا ترفع رجل بنتي حتى أرفع رجل بنتك أو من شغر البلد إذا خلا لخلوه عن المهر أو عن بعض الشروط وهو أن يزوج الرجل وليته من رجل على أن يزوجه ذلك الرجل وليته ويكون بضع كل واحدة صداق الأخرى وعلة البطلان التشريك في البضع لأنَّ كلاً جعل بضع موليته مورداً للنكاح وصداقاً للأخرى فأشبه تزويجها من رجلين. فإن لم يجعل البضع صداقاً بأن قال زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ولم يزد فقبل كما ذكر فالأصح الصحة للنكاحين بمهر المثل لعدم التشريك في البضع وما فيه من شرط

ونكاح المتعة وهُوَ أنْ ينكحها إلى مدة ولا نكاح المحلل وهو أن ينكحها ليحللها للذي طلقها ثلاثاً فإن عقد لذلك ولم يشترط صح.

الشرح

عقد في عقد لا يفسد النكاح، ولو جعل البضع صداقاً لإحداهما بطل فيمن جعل بضعها صداقاً فقط ففي زوجتكها على أنْ تزوجني بنتك وبضع بنتك صداق بنتي يصح الأول فقط وفي عكسه يبطل الأول فقط (التحفة ج٧/٢٢٥ باختصار مع زيادة من شرح التنبيه ج٢/٦٠٧).

(**ونكاح المتعة وهُوَ أنْ ينكحها إلى مدة**) كشهر أو إلى قدوم زيد للنهي عنه في الصحيحين (شرح التنبيه ج٢/٦٠٧)، وكانت رخصة في أول الإسلام للمضطر كأكل الميتة ثم حرمت عام خيبر ثم رخص فيها عام الفتح وقيل عام حجة الوداع ثم حرمت شرعا تحريماً مؤبداً إلى يوم القيامة بالنص الصريح الذي لو بلغ ابن عباس لم يستمر على حلها مخالفاً كافة العلماء وحكاية الرجوع عنه لم تصح (التحفة ج٧/٢٢٤ بالمعنى).

(**ولا**) يصح (**نكاح المحلل وهو أن ينكحها ليحللها للذي طلقها ثلاثاً**) أو على أنَّه إذا وطء طَلَقَ أو أنَّه إذا وطئ بانت منه أو أنه إذا وطئ فلا نكاح وعليه حمل الحديث الصحيح «لعن الله المحلل والمحلل له» وعليه يحمل أيضاً ما وقع في الأنوار أَنَّه يحرم على المحلل استدعاء التحليل وهذا كله إذا كان الشرط في صلب العقد (التحفة ج٧/٣١٢)، (**فإن عقد**) الولي (**لذلك**) أيْ لأجل التحليل (**ولم يشترط**) التحليل في العقد (**صح**) مَعَ الكراهة ولم يفسد العقد قال الشافعي: لحديث «إنَّ اللهَ تجاوز عَنْ أمتي عما تحدثت به أنفسها مالم تتكلم أوْ تعمل به».

والحاصل: أنَّه لو نكحها بشرط أنه إذا وطئ طلق أو بانت منه أو فلا نكاح بينهما بطل النكاح ولو نكح بلا شرط وفي عزمه أنْ يطلق كره وصح العقد

وحلت بوطئه (المشكاة ص٢٣٨) لأنَّ كل ما لو صرح به أبطل يكره إضماره (التحفة ج٧/٣١٢)، وهذا ما لم يكن قصده بذلك أن يحللها لزوجها وقد رأى له بها شغفاً وإلا فلا يكره بل قال داود لا يبعد أن يكون مأجوراً لأنَّه قصدَ إرفاق أخيه المسلم وإدخال السرور عليه وكذلك يكره إذا لم يكن الشرط في صُلْبِ العقد (الجمل ج٤/١٨٧ مع زيادة).

** ** **

فصل فيما يثبت الخيار من العيوب وغيرها

إذا وجد أحدهما الآخر مجنوناً أو مجذوماً أو أبرص أوْ وجَدَها رتقاء أو قرناء أو وجدته عنيناً أو مجبوباً ثبت الخيار في فسخ العقد ....

الشرح

(فصل فيما يثبت الخيار من العيوب وغيرها)

(**إذا وجد أحدهما**) أي الزوجين (**الآخر مجنوناً**) ولو متقطعاً وإن قل عند حج خلافاً للرملي والخطيب وإن لم يستحكم لأنه يفضي للجناية وهو مرض يزيل الشعور من القلب مع بقاء القوة والحركة في الأعضاء (التحفة مع ع ب مع تغيير في العبارة ج٧/٣٤٥) (**أو مجذوماً**) جذاماً مستحكماً كما اعتمده الشيخ بن حجر وشيخ الإسلام والرملي والجذام هو علة يحمر منها العضو ثم يسود ثم يتقطع ويتناثر (التحفة ج٧/٣٤٦ وشرح المنهج ج٤/٢١٣). (**أو أبرص**) وإن قل البرص إن استحكم وهو بياض شديد مبقع وذلك لفوات كمال اللذة. (**أوْ وجَدَها رتقاء**) أي منسداً محل جماعها بلحم ومثله ضيق المنفذ بحيث يتعذر دخول ذكر مَن بدنه كبدنها نحافةً وضدها فرجها سواء أدى لإفضائها أم لا قال الأسنوي: وكما يتخير بذلك فكذلك تتخير هي بكبر آلته بحيث يفضي كل موطوءة (التحفة ج٧/٣٤٦ والترشيح ص٣١٨). (**أو قرناء**) أيْ منسداً ذلك منها بالعظم (**أو وجدته عنيناً**) أيْ به داء يمنع انتشار ذكره عن قبلها وإِنْ قدرَ على غيرها أو علمته قبل النكاح لأنّ العنة قد تحصل في حق امرأة دون أخرى وفي نكاح دون نكاح (التحفة مع ع ب باختصار ج٧/٣٤٦). (**أو**) وجدته (**مجبوباً**) وهو مقطوع جميع الذكر أوْ لم يبق منه قدر الحشفة ولو بفعلها أو بعد وطء (**ثبت الخيار في فسخ العقد**) بعد ثبوت العيب عند القاضي كما سيأتي وثبوت الخيار بهذه العيوب قال به جمهور العلماء وجاءت به الآثار وصح ذلك عن عمر رضي الله عنه في الثلاثة الأول وهي المشتركة بين الزوجين، رواه عنه الشافعي

على الفور عند الحاكم سواء كان به مثل ذلك العيب أم لا ولو حدث العيب ثبت الخيار أيضاً إلا أن تحدث العنة بعد أن يطأها فلا خيار

الشرح

وعول عليه لأنَّ مثله لا يكون إلا عَن توقيف، وفي الصحيح «فِرَّ من المجذوم فرارك من الأسد» قال الشافعي في الأم: وأما الجذام والبرص فإنَّه أي كلا منهما يُعدي الزوجَ ويعدي الولد، وقال في موضع آخر: الجذام والبرص مما يزعم أهلُ العلم بالطب والتجارب أنَّه يعدي كثيراً، وهو مانع للجماع لا تكاد نفسُ أحدٍ أن تطيبَ أن يجامع مَن هو به، والولد قلَّ ما يسلم منه فإن سلم أدركَ نسله ولأنَّ مُعظم النكاح هو الوطء والقَرنُ والرتق مانعان منه فيتعذر مقصوده، وحكى الماوردي إجماع الصحابة على ثبوت الخيار بالجب والعنة (المغني مع حذف ج٣/٢٥٩ - ٢٦٠).

(**على الفور**) لأنه خيار عيب فكانَ على الفور كما في البيع والمعنى بكونه على الفور أنَّ المطالبة والرفع إلى الحاكم يكونان على الفور (المغني ج٣/٢٦١)، وتقبل دعواه الجهل بأصل ثبوت الخيار أو بفوريته بأن لا يكون مخالطاً للعلماء أي مخالطة تستدعي عرفاً معرفة ذلك فيما يظهر، ويظهر أيضاً أن المراد بالعلماء عارف بهذه المسألة وكذا يقال في نظائر ذلك (التحفة ج٧/٣٥٠)، (**عند الحاكم**) في سائر العيوب لأنَّه مجتهد فيه كالفسخ بالإعسار فلو تراضيا بالفسخ بواحد منها من غير حاكم لم ينفذ نعم لو لم تجد حاكماً ولا محكماً نفذ فسخها للضرورة (التحفة مع تصرف ج٧/٣٥٢)، (**سواء كان به مثل ذلك العيب أم لا**) لأن الإنسانَ يعاف من غيره ما لا يعاف مِن نفسه نعم المجنونان يتعذر الخيار لهما لانتفاء الاختيار (شرح المنهج ج٤/٢١٣ - ٢١٤).

(**ولو حدث العيب ثبت الخيار أيضاً**) كالعيب المقارن للتضرر به (**إلا أن تحدث العنة**) بالزوج (**بعد أن يطأها فلا خيار**) لأنَّها عرفت قدرته على الوطء

وإذا أَقر بالعنة أجله الحاكم سنة من يوم المرافعة إليه فإن جامع فيها فلا فسخ لها وإلا فلها الفسخ ....

الشرح

ووصلت لحقها منه كتقرير المهر ووجود الإحصان مع رجاء زوالها وبه فارقت الجب (التحفة ج٧/٣٤٨ ـ ٣٤٩).

(**وإذا أَقر**) الزوج (**بالعنة أجله الحاكم**) ولو قنا كافراً إذ ما يتعلق بالطبع لا يفترق فيه القن وغيره (التحفة ج٧/٣٥٢)، (**سنة**) كما فعله عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ رواه الشافعي وغيره وتابعه العلماء عليه وقالوا تعذر الجماع قد يكون لعارض حرارة فتزول في الشتاء أو برودة فتزول في الصيف أو يبوسة فتزول في الربيع أو رطوبة فتزول في الخريف فإذا مضت السنة ولم يطأ علمنا أنَّه عَجْزٌ خلقي (شرح المنهج ج٤/٢١٧).

وابتداء السنة يحسب (**من يوم المرافعة إليه**) لأنَّها مجتَهَدٌ فيها بخلاف مدة الإيلاء فإنها مِنْ وقت اليمين على النص، وتعتبر السنة بالأهلة، فإن كان ابتداؤها في أثناء شهر كمل من الشهر الثالث عشر ثلاثين (المغني ج٣/٢٦٣ مع تغيير).

(**فإن جامع فيها**) أي المدة وأدناه أن يغيب الحشفة في الفرج (انظر شرح التنبيه بالمعنى ج٢/٦١١) (**فلا فسخ لها وإلا**) إذا لم يجامع في المدة (**فلها الفسخ**) استقلالاً كما يستقل بالفسخ من وجد بالمبيع عيباً لكن إنما تفسخ بعد قول القاضي لها ثبتت العنة أو ثبت حق الفسخ فاختاري على الأصح في أصل الروضة نعم قوله (فاختاري) قال الأذرعي وغيره: إنه ليس شرطاً بل المراد به إعلامها بدخول وقت الفسخ حتى لو بادرت وفسخت قبله نفذ فسخها (المغني ج٣/٢٦٥).

والمراد بالفور في العنة عقيب السنة ومتى وقع الفسخ فإن كان قبل الدخول فلا مَهر أو بعده بعيب حدث بعد الوطء وجب المسمى أو بعيب حدث قبله فمهر المثل وإن شرطَ أنَّها حرة فبانت أمة وهو ممن يحل له نكاح الأمة تخير وإِنْ شرط أنها أمة فبانت حرة أو لم يشرط فبانت أَمة

الشرح

(**والمراد بالفور في العنة عقيب السنة**) المقدرة مِنْ قبل الحاكم، (**ومتى وقع الفسخ**) بعيبها أَوْ بعيبه (**فإنْ كان قبل الدخول فلا مَهر**) لارتفاع النكاح الخالي عَنْ الوطء بالفسخ سواء أقارن العيب العقد أم حدث بعده (شرح المنهج ج٤/٢١٦).

(**أو**) وقع الفسخ (**بعده**) أي الدخول (**بعيب حدث بعد الوطء وجب المسمى**) لتقرره بالوطء (**أو**) وقع الفسخ (**بعيب حدث قبله**) أي قبل الدخول أو معه بمقارن للعقد أو حادث بين العقد والوطء أو فسخ بحادث معه (شرح المنهج ج٤/٢١٦).

(**فمهر المثل**) يجب لأنه تمتع بمعيبة على خلاف ما ظنه من السلامة فكأن العقد جرى بلا تسمية ولأنَّ قضية الفسخ رجوع كل منهما إلى عين حقه أَوْ إلى بدله إنْ تلف فيرجع الزوج إلى عين حقه وهو المسمى والزوجة إلى بدل حقها وهو مهر مثلها لفوات حقها بالدخول (شرح المنهج ج٤/٢١٦).

(**وإن شرطَ أنَّها حرة فبانت أمة**) وقد أذن السيدُ في نكاحها (المغني ج٣/٢٢٦)، (**وهو ممن يحل له نكاح الأمة تخير**) بين ابقاء النكاح وفسخه بلا قاض وأمَّا إذا لم يكن ممن تحل له الأمة فلا يصح النكاح، وكذا إن كان عبداً فلا يتخير.

(**وإِنْ شرط أنها أمة فبانت حرة أو لم يشرط فبانت أَمة**) وهو ممن تحل له

أو كتابية فلا خيار وإن تزوج عبد بأمة فأعتقت فلها أن تفسخ
نكاحه على الفور من غير الحاكم وإذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو
المجوسيين أو أسلمت المرأة والزوج يهودي أو نصراني أو ارتد الزوجان
المسلمان أو أحدهما فإن كان قبل الدخول تعجلت الفرقة وإن كان بعد
توقفت على انقضاء العدة فإن اجتمعا على الإسلام قبل انقضائها دا

الشرح

الأمة (**أو كتابية فلا خيار**) أمَّا في الأولى فلأنها أفضل مما شرط وأمَّا في الثان
والثالثة فلتقصيره بترك البحث. (**وإن تزوج عبد**) ولو مبعضاً (**بأمة**) ولو كاف
مكاتبة (**فأعتقت**) كلها قبل دخول أو بعده (**فلها أن تفسخ نكاحه**) ولها تر
لأنَّها تعير بمن فيه رق والأصل في ذلك عتق بريرة تحت زوجها مغيث وك
عبداً فخيرها رسول الله صَلَّاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ بين المفارقة والمقام معه فاختارت نَفس
(المغني ج٣/٢٦٩). (**على الفور**) كما في خيار العيب في رد المبيع وقيل تب
ما لم يمسها مختارة أو تصرح بإسقاطه واختار هذا ابن عبد السلام والسب
(المغني ج٣/٢٦٩)، (**من غير الحاكم**) لأنه ثابت بالنص والإجماع أيضاً فأ
الرد بالعيب.

(**وإذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو أسلمت الم
والزوج يهودي أو نصراني أو ارتد الزوجان المسلمان**) معاً (**أو أحدهما**
كان) الإسلام والردة في جميع ما تقدم (**قبل الدخول**) أو ما في معناه (**تعج
الفرقة**) بينهما لعدم تأكده بالدخول أو ما في معناه بدليل أنها تبين بالط
الواحدة (شرح المنهج ج٤/١٩٩ والمغني ج٣/٢٤٥).

(**وإن كان**) الإسلام والردة (**بعده**) أيْ الدخول (**توقفت**) الفرقة (
انقضاء العدة) وحينئذ (**فإن اجتمعا على الإسلام**) في العدة (**قبل انقضائها**

النكاح وإلا حكم بالفرقة من حين تبديل الدين وإن أسلم على أكثر من أربع اختار أربعاً منهن.

الشرح

النكاح) بينهما لتأكده بالوطء أو ما في معناه (وإلا) بأن لم يجتمعا على الإسلام في العدة (حكم بالفرقة من حين تبديل الدين) أما في الأولى والثانية والثالثة والرابعة، فقال الشافعي لا نعلم في ذلك خلافاً واستدل الأصحاب منهم أبو اسحاق الشيرازي في المهذب بأنَّ الناس كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة الآخر فهي امرأته وإن أسلم بعد انقضاء العدة فلا نكاح بينهما (شرح التنبيه ج٢/٦١٥ - ٦١٦ مع زيادة لأجل التوضيح). وأما في الأخيرة فلأنه اختلاف دين بعد المسيس فلا يوجب الفسخ في الحال كإسلام أحد الزوجين الكافرين الأصليين، وهذه الفرقة فرقة فسخ لا طلاق (المغني ج٣/٢٤٤ وشرح المنهج ج٤/٢٠٠).

(وإن أسلم) كافر حر (على أكثر من أربع) أو عبد على أكثر من اثنتين وأسلمن معه قبل الدخول أو بعده أو أسلمن بعد إسلامه في أثناء العدة أو كن كتابيات (اختار أربعاً منهن) إن كان حراً أو اثنتين إن كانَ عَبْداً ويندفع حينئذ نكاح من زاد، والأصل في ذلك أنَّ غيلانَ أسلَمَ وتحته عشر نسوة، فقال النبي صلى الله عليه وسلم (له أمسك أربعاً وفارق سائرهن) صححه ابن حبان والحاكم وسواء أنكحهن معاً أم مرتباً وله إمساك الأخيرات إذا نكحهن مرتباً وإذا مات بعضهن فله اختيار الميتات ويرث منهن وذلك لترك الاستفصال في الخبر (شرح المنهج ج٤/٢٠٥ - ٢٠٦).

والله أعلم

كتاب الصداق

يسن تسميته في العقد فإن لم يذكر لم يضر ....

الشرح

(كتاب الصداق)

هو بفتح أوله وكسره ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهراً كرضاع ورجوع شهود، سمي بذلك لإشعاره بصدق رغبة باذله في النكاح الذي هو الأصل في إيجابه، وله أسماء أخرى منها المهر والنحلة والطول والعطية، والراجح أنَّه لا فرق بين الصداق والمهر، وقيل الصداق: ما وجب بتسميته في العقد والمهر ما وجب بغيره.

والأصل فيه قبل الإجماع، قوله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةً﴾، وقوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لمريد التزويج «التمس ولو خاتماً من حديد» رواه الشيخان (شرح المنهج ج٤/٢٣٥ ـ ٢٣٦).

(يسن) في غير تزويج أمته بعبده غير المكاتب **(تسميته في العقد)** لأنَّه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يخل نكاحاً عنه وسن أن لا يدخل بها حتى يدفع لها منه شيئاً خروجاً من خلاف مَنْ أوجبه، ويسن أن لا ينقص في العقد عن عشرة دراهم خالصة لأن أبا حنيفة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ لا يجوز أقل منها، وترك المغالاة فيه وأنْ لا يزيد على خمسمائة درهم فضة، وأن يكون من الفضة، وصح عن عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ في خطبته (لا تغالوا بصداق النساء فإنها لو كانت مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله كان أولى بها رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) (الجمل ج٤/٢٣٦ مع حذف يسير ومثله في التحفة ج٧/٣٧٥ ـ ٣٧٦).

(فإن لم يذكر) الصداق في العقد **(لم يضر)** في صحته لكن يكره إخلاؤه

ولا يزوج ابنته الصغيرة بأقل من مهر المثل ولا ابنه الصغير بأكثر من مهر المثل فإن فعل بطل المسمى ووجب مهر المثل ولا يتزوج السفيه والعبد بأكثر من مهر المثل وكل ما جاز أن يكون ثمناً جاز جعله صداقاً ويجوز حالاً ومؤجلاً وعيناً وديناً ومنفعة..............

الشرح

عنه، (**ولا يزوج ابنته الصغيرة**) أو المجنونة (**بأقل من مهر المثل**) لانتفاء الغبطة والمصلحة (**ولا ابنه الصغير**) أو المجنون (**بأكثر من مهر المثل**) لأنه خلاف الحظ والغبطة

(**فإن فعل بطل المسمى**) في الصورتين (**ووجب مهر المثل**) لبطلان التسمية وصحة النكاح (**ولا يتزوج السفيه**) بأكثر من مهر المثل وإن أذن له في ذلك فإن تزوج بأكثر من مهر المثل صح النكاح بمهر المثل ولغى الزائد عليه لأنه تبرع من سفيه (المشكاة ص١١٨).

(**و**) مثله (**العبد**) لا يتزوج (**بأكثر من مهر المثل**) إذا أطلق السيد الإذن ولم يعين له المهر لأنَّ مطلق الإذن لا يتناول الزيادة عليه فإِنْ زاد على مهر المثل وجبت الزيادة في ذمته يتبع بها إذا عتق قطعاً. ثم أشار المؤلف رحمه الله إلى ضابط الصداق فقال (**وكل ما جاز أن يكون ثمناً جاز جعله صداقاً**) وإن قل لكونه عوضاً فإنْ عَقَدَ بما لا يتمول ولا يقابل بمتمولٍ كنواة وحصاة وترك شفعة وحد قذف فسدت التسمية لخروجه عن العوضية (شرح المنهج ج٤/٢٣٧).

(**ويجوز حالاً ومؤجلاً**) لأنَّه عقد على منفعة معينة كالإجارة (**و**) يجوز أن يكون الصداق (**عيناً**) مستجمعة لشروط البيع (**و**) يجوز أن يكون (**ديناً**) يسلم فيه لاستجماعه شروط السلم (**و**) يجوز أن يكون الصداق (**منفعة**) معلومة تستوفى بعقد الإجارة كتعليم فيه كلفة وخياطة ثوب وكتابة ونحوها إذا كان

الشرح

يحسن تلك المنفعة فإن لم يكن يحسنها والتزم في الذمة جاز ويستأجر لها من يحسنها، وإن التزم العمل بنفسه لم يصح على الأصح لعجزه، وخرج بقيد المعلومة المجهولة فلا يصح أن تكون صداقاً ولكن يجب مهر المثل؛ وإطلاق التعليم فيما تقدم شامل لما يجب تعلمه كالفاتحة وغيرها وللقرآن والحديث والفقه والشعر والخط وغير ذلك مما ليس بمحرم ولتعليمها هي أو ولدها الواجب عليها تعليمه وكذا لعبدها على الأصح في الروضة فعلى هذا لا يتعذر تعليم غيرها بطلاقها، أما إذا أصدقها تعليمها بنفسه فطلق قبل التعليم بعد دخوله أو قبله تعذر تعليمه لها لأنها صارت محرمة عليه لا يجوز اختلاؤه بها. فإن قيل: الأجنبية يباح النظر إليها للتعليم وهذه صارت أجنبية فهلا جاز تعليمها؟ أجيب بأن كلاًّ من الزوجين تعلقت آماله بالآخر وحصل بينهما نوع ودّ فقويت التهمة فامتنع التعليم لقرب الفتنة بخلاف الأجنبي فإنَّ قوة الوحشة بينهما اقتضت جواز التعليم (الإقناع بهامش البيجيرمي ج٣/٤٤٥ - ٤٤٦ - ٤٤٧ مع حذف).

[تَنْبِيْهٌ]: أفهم تعليلهم السابق أنها لو لم تحرم الخلوة بها كأن كانت صغيرة لا تشتهى أو صارت محرماً له برضاع أو نكحها ثانياً لم يتعذر التعليم وهو كذلك (الإقناع ج٣/٤٤٧).

(وتملكه) أيْ المهر **(بالتسمية)** كما يملك البائع الثمن بالعقد **(وتتصرف فيه)** أي المهر **(بالقبض)** كالمبيع **(ويستقر)** المهر كله **(بالدخول)** بها بأنْ يطأها ولو في حيض أو إحرام أو دبر أو في نهار رمضان، لأن وطء الشبهة يوجب المهر ابتداء فالوطء في النكاح أولى أنْ يقرر المهر الواجب، ولعموم قوله ﷺ: «فإن أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها» (النجم ٧/٣١١ مع زيادة).

أو بموت أحدهما قبل الدخول ولها أن تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبضه إن كان حالاً فإن سلمت نفسها إليه فوطئها قبل القبض سقط حقها من الامتناع وإن وردت فرقة من جهتها قبل الدخول بأَنْ أسلمت أو ارتدت سقط المهر ....

الشرح

(**أو بموت أحدهما قبل الدخول**) لإجماع الصحابة على ذلك ولأنَّها نهاية النكاح فكانت كآخر مدة الإجارة، وانتهاء العقد كاستيفاء المعقود عليه في إيجاب البدل (النجم ج٧/٣١١)، والمراد باستقراره الأمن من سقوط كله أو بعضه بنحو طلاق أو فسخ (**ولها أن تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبضه إن كان حالاً**) كما في البائع فخرج ما لو كان مؤجلاً فلا حبس لها وإن حل قبل تسليمها نفسها له لوجوب تسليمها نفسها قبل الحلول لرضاها بالتأجيل كما في البيع، والحبس في الصغيرة والمجنونة لوليهما وفي الأمة لسيدها أو وليه (شرح المنهج ج٤/٢٣٩).

(**فإن**) تبرعت و(**سلمت نفسها إليه فوطئها قبل القبض سقط حقها من الامتناع**) كالبائع إذا سلم المبيع قبل قبض الثمن (شرح التنبيه ج٢/٦٢٢)، ولو سلم الولي غير الكاملة قبل قبض الصداق فلها بعد الكمال الامتناع.

(**وإن وردت فرقة من جهتها**) أي الزوجة (**قبل الدخول**) أي قبل وطء في قبل أو دبر ولو بعد استدخال مني (**بأَنْ أسلمت**) وحدها وزوجها كافر (**أو ارتدت**) أو فسخت بعيبه أو بإعساره أو بعتقها أو فسخ الزوج بسبب عيبها ولو حادثاً (**سقط المهر**) كله لأن فسخها اتلاف للمعوض قبل التسليم فأسقط عوضه كاتلاف البائع المبيع قبل قبض المشترى وفسخه الناشئ عنها كفسخها (التحفة باختصار ج٧/٤٠٢).

أو من جهته بأن أسلم أو أرتد أو طلق سقط نصفه ويرجع في نصفه إن كان باقياً بعينه وإلا فنصف قيمته أقل ما كانت من العقد إلى التلف

الشرح

(أو) وردت فرقة (**من جهته بأن أسلم أو أرتد أو طلق**) ولو خلعياً أو رجعياً أو لاعنها أوْ أرضعتها أمه وهي صغيرة، وملكه لها (**سقط نصفه**) للنص عليه في الطلاق بقوله تعالى: ﴿فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ﴾ وقياساً عليه في الباقي (التحفة ج٧/٤٠٣). (**ويرجع في نصفه إن كان باقياً بعينه**) ولا يفتقر إلى اختيار التملك في الأصح بل يرجع إليه بنفس الطلاق، وقيل يفتقر إلى اختيار التملك إن شاء تملكه وإن شاء تركه كالشفيع يثبت له حق الشفعة بالشراء وبهذا قال أبو حنيفة، لأن الشخص لا يَدخُلُ في ملكه شيء بغير اختياره سوى الإرث فلا بد بعد الطلاق من اختيار التملك، وردَّ الأصحابُ ذلك بأنَّ الإنسانَ لو أخذ صيداً لينظر إليه لا ليتملكه ـ ملكه بالحوز من غير اختيار التملك قاله صاحب (البيان) (النجم ج٧/٣٤٢ ـ ٣٤٣ مع زيادة). (**وإلا**) إذا لم يكن باقياً بعينه بأن تلف أو خرج عن ملكها أو استحق بدين بأن رهنته أو حجر عليها بفلس ونحو ذلك (شرح التنبيه ج٢/٦٢٤)، (**فنصف قيمته**) إن كان متقوماً ويعتبر (**أقل ما كانت من**) يوم (**العقد إلى**) يوم (**التلف**) هذا ما جرى عليه المصنف رحمه الله تعالى والذي اعتمده الشيخ أبي إسحاق الشيرازي في التنبيه واعتمده شيخ الإسلام وتلميذه ابن حجر أنه يرجع بأقل قيمة من يوم العقد إلى يوم القبض، وإنما رجع بالأقل من يومي الإصداق والقبض لأنه وإن كان يوم الإصداق أقل فالزيادة على ملكها لا تعلق للزوج بها، وإن كانت قيمته يوم القبض أقل فما نقص قبل ذلك من ضمانه فكيف يرجع عليها، والمعتمد ما جرى عليه صاحب التنبيه وشيخ الاسلام والعلامة ابن حجر وما اعتمده المصنف ضعيف لا يعول عليه اهـ (ملخصاً من التحفة ج٧/٤١٠ وشرح التنبيه ج٢/٦٢٤ وشرح المنهج ص٢٦٠).

فإن كان زائداً زيادة منفصلة رجع في النصف دون الزيادة أو متصلة تخيرت بين رده زائداً وبين نصف قيمته وإن كان ناقصاً تخير بين أخذه ناقصاً وبين نصف قيمته ثم مهر المثل هو ما يرغب به في مثلها فيعتبر بمن يساويها من نساء عصباتها في السن والعقل والجمال واليسار والثيوبة

الشرح

(**فإن كان**) الصداق (**زائداً زيادة منفصلة**) كالولد والثمرة (**رجع في النصف دون الزيادة**) سواء حصلت في يدها أو في يد الزوج لأنَّ الطلاق إنما يقطع الملك من حينه لا من أصله (النجم ج٧/٣٤٥).

(**أو**) كان الصداق زائداً زيادة (**متصلة**) كالسمن وتعلم القرآن أو الصنعة وكبر الشجرة (**تخيرت**) المرأة (**بين رده زائداً**) ويجبر الزوج على قبوله لأنه نصف المفروض مع زيادة لا تتميز. والثاني لا: لما فيه من المنة، والجواب: أنه تابع لا تعظم المنة فيه (النجم ج٧/٣٤٧ مع زيادة من شرح التنبيه ج٢/٦٢٤)، (**وبين**) أن تدفع له (**نصف قيمته**) بلا زيادة لأن الزيادة غير مفروضة ولا يمكن الرد بدونها فجعل المفروض كالهالك، وليس له إجبارها على العين (النجم ج٧/٣٤٥). والمعتبر أقل قيمة من يوم الإصداق إلى يوم القبض (شرح المنهج بالمعنى ج٤/٢٦٠). (**وإن كان**) الصداق (**ناقصاً**) نقصان صفة بأَنْ حدث فيه عيبٌ (شرح التنبيه ج٢/٦٢٤)، (**تخير**) الزوج (**بين أخذه ناقصاً**) ولا أرش له كما إذا تعيبَ المبيع في يد البائع (شرح التنبيه ج٢/٦٢٤)، (**وبين**) أخذ (**نصف قيمته**) دفعاً للضرر عنه (شرح التنبيه ج٢/٦٢٤). والاقتصار على نصف القيمة محمول على المتقوم فإن كان مثلياً وجب مثل نصفه. (**ثم مهر المثل هو ما يرغب به في مثلها**) عادة (**فيعتبر**) حيث يجب (**بمن يساويها من نساء عصباتها في السن**) والعفة (**والعقل والجمال واليسار**) والفصاحة (**والثيوبة**

والبكارة والبلد فإن اختصت بمزيد أو نقص رُوعي ذلك فإن لم يكن لها عصبات من النساء فبالأرحام وإلا فبنساء بلدها ....

الشرح

والبكارة والبلد) وسائر الصفات التي تختلف فيها الأغراض كالعلم والشرف لأن المهور تختلف باختلاف هذه الصفات وإنما لم يعتبر الجمال وكذا المال في الكفاءة لأنَّ مدارها على دفع العار ومدار المهر على الرغبات (المغني ج٣/٢٩٦)، ويُراعى في العصبات قرب الدرجة فتقدم الأختُ لأبوين ثم لأب ثم بنات الأخ ثم العمات ثم بنات العم ثم بنات أولاد العم (المغني بالمعنى ج٣/٢٩٦).

(فإن اختصت) عنهن **(بمزيد)** فضل بشيء مما ذكر **(أو نقص)** بشيء من ضده **(رُوعي ذلك)** أي المذكور من الزيادة والنقصان فيزاد في مهرها وينقص منه ما يليق بالزيادة والنقصان أي يفرض لها القاضي باجتهاده بحسب حال المرأة (المغني بالمعنى ج٣/٢٩٧).

(فإن لم يكن لها عصبات من النساء) أو لم ينكحن أو نكحن لكن جُهل مهرهن **(فبالأرحام)** لها يعتبر مهرها كالأم والأخت والجدة والجدات والخالة وبنت الأخت وبنت الخال لأنهن أولى من الاعتبار بالأجانب (شرح التنبيه ج٢/٦٢٧).

[تَنْبِيهٌ]: المراد بالأرحام هنا قرابات الأم لا ذوو الأرحام المذكورون في الفرائض لأنَّ أمهات الأم لسنَ من المذكورين في الفرائض قطعاً (المغني ج٣/٢٦٩).

(وإلا) بأن لم يكن عصبات من الأرحام أو لم ينكحن أصلاً أو جهل مهرهن (المغني ج٣/٢٩٦) **(فبنساء بلدها)** من الأجنبيات يعتبر مهرها، لكن

ومن يشبهها وإذا أعسر بالمهر قبل الدخول فلها الفسخ أو بعده فلا. فإن اختلفا في قبض الصداق فالقول قولها أو في الوطء فقوله ....

الشرح

تقدم أجنبيات بلدها ثم أقرب بلد إليها، وتعتبر العربية بعربية مثلها والبلدية ببلدية مثلها والقروية بقروية مثلها، والأمة بأمةٍ مثلها في خسة السيد وشرفه، والعتيقة بعتيقة مثلها (المغني ج٣/٢٩٦).

(**ومن يشبهها**) في الصفات التي تختلف بها الأغراض لأنه الممكن (**وإذا أعسر**) الزوج (**بالمهر قبل الدخول فلها الفسخ**) كما لو أعسر المشتري بالثمن قبل القبض (**أو بعده**) أي الدخول (**فلا**) يثبت لها الفسخ لأن البضع بعد الوطء كالمستهلك فأشبه ما لو أفلس المشتري بعد هلاك السلعة وهذا هو المعتمد من قولين في المذهب والقول الثاني لها الفسخ لأنَ البضع لا يتلف بوطئ مرة واحدة فجاز لها الرجوع إليه (شرح التنبيه ج٢/٦٢٧ مع تبديل في اللفظ). (**فإن اختلفا**) أي الزوج والزوجة (**في قبض الصداق فالقول قولها**) بيمينها لأن الأصلَ عدم قبضه (شرح التنبيه ج٢/٦٢٧).

(**أو**) اختلفا (**في الوطء**) بأن ادعت الزوجة الوطء وأنكر الزوج (**فـ**) القول (**قوله**) بيمينه لأنَّ الأصل عدمه إلا إذا نكحها بشرط البكارة ثم قال وجدتها ثيباً ولم أطأها، فقالت بل زالت بوطئك فتصدق بيمينها لدفع الفسخ ويصدق هو لتشطيره إن طلق قبل وطء (فتح المعين بهامش إعانة الطالبين ج٣/٣٥٣).

[**تَنْبِيْهٌ**]: إذا اختلفا الزوجانِ في قدر المهر المسمى وكانَ ما يدعيه الزوج أقل أو في صفته من نحو جنس كدنانير وحلول وقدر أجل وصحة وضدها ولا بينة لأحدهما أو تعارضت بينتاهما تحالفا كما في البيع ثم بعد التحالف يفسخ المسمى ويجب مهر مثل وإن زادَ على ما ادعته الزوجة (فتح المعين بهامش إعانة الطالبين ج٣/٣٥٣).

ومن وطئ امرأة بشبهة أو في نكاح فاسد أو زنا وهي مكرهة لزمه مهر المثل وإن طاوعته على الزنا فلا مهر لها وحيث طلقت وشطر المهر لا متعة لها. ....

الشرح

(**ومن وطئ امرأة بشبهة**) كأنْ ظنها امرأته أو أمته (**أو**) وطئها (**في نكاح فاسد**) أو شراء فاسد (**أو زنا وهي مكرهة لزمه مهر المثل**) لحديث أبي داود وغيره «أيّما امرأة نكحت بغير إذن وليها فالنكاح باطل وإن أصابها فلها مهر المثل بما استحل من فرجها» وقيس عليه الباقي بجامع استيفاء منفعة البضع ويعتبر المهر بوقت الوطء (شرح التنبيه ج٢/٦٢٨ مع زيادة).

[تَنْبِيْهٌ]: لو تكرر وطء بشبهة واحدة كأنْ ظن الموطوءة زوجته فيجب مهر واحد في أعلى الأحوال التي للموطوءة حال وطئها كأن يطأها سمينة وهزيلة فيجب مهر تلك الحالة العليا لأنه لو لم يوجد إلا الوطأة الواقعة في تلك الحالة لوجب ذلك المهر فالوطئات الباقية إذا لم توجب زيادة لا توجب نقصاً، فإن تعددت الشبهة كأن وطئها بنكاح فاسد ثم فرق بينهما ثم وطئها يظنها أمته تعدد المهر لتعدد الوطئات لأنَّ تعدد الشبهة كالأنكحة (انظر المغني بالمعنى ج٣/٢٩٧).

(**وإن طاوعته**) أي رضيت ووافقته (**على**) ارتكاب معصية (**الزنا**) عالمة بتحريمه (**فلا مهر لها**) حرة كانت أو أمة «لأنَّه ﷺ نهى عن مهر البغي» رواه مسلم، وقيل إن كانت أمة وجب لأنه وجب حق للسيد فلا يؤثر فيه رضاها كما لو أذنت في قطع يدها والمذهب أنَّه لا يجب لعموم الحديث وكون المهر حقاً للسيد لا يمنع سقوطه بفعلها (شرح التنبيه ج٢/٦٢٨).

(**وحيث طلقت وشطر المهر**) بأن وجب لها نصفه فقط (**لا متعة لها**) تجب لأنَّه لم يستوف منفعة بضعها فيكفي نصف مهرها للإيحاش (شرح المنهج

وحيث لم يتشطر إما بأن لا يجب شيء كالمفوضة إذا طلقت قبل الدخول والفرض، أو بأن يجب الكل كالطلاق بعد الدخول وجب لها المتعة وهي شيء يقدره القاضي باجتهاده ويعتبر فيه حال الزوجين.

الشرح

٤/٢٦٥ ـ ٢٦٦) ولأنَّه تعالى لم يجعل سواه بقوله ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ (**وحيث لم يتشطر إما بأن لا يجب شيء كالمفوضة إذا طلقت قبل الدخول والفرض أو بأن يجب الكل كالطلاق بعد الدخول**) سواء كان الطلاق بائناً أو رجعياً لكن بشرط انقضاء العدة (شرح التنبيه ج٢/٦٢٩ مع توضيح). (**وجب لها المتعة**) أما في الأولى فلقوله تعالى ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ ولأنها لم يحصل لها شيء فيجب لها متعة للإيحاش، وأما في الثانية فلعموم قوله تعالى ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ وخصوص قوله تعالى: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ﴾ ولأنَّ المهر في مقابلة متعة بضعها وقد استوفاها الزوج فتجب للإيحاش متعة (شرح المنهج ج٤/٢٦٥ مع تقديم وتأخير).

[تَنْبِيهٌ]: لو طلقها رجعياً ثم ماتَ أثناء العدة فلا تجب لها متعة لما نقل من الإجماع على منع الجمع بين المتعة والإرث اهـ ملخصاً من التحفة (٧/٤١٥).

(**وهي شيء يقدره القاضي**) عند تنازع الزوجين في قدرها (**باجتهاده**) وإن زاد على مهر المثل عند الشيخ ابن حجر خلافاً للرملي والخطيب. ويستحب أن لا تنقص عن ثلاثين درهماً أو مساويها وأن لا تبلغ نصف مهر المثل (التحفة مع ع ب ج٧/٤١٦ ـ ٤١٧). (**ويعتبر**) الحاكم (**فيه**) أي في الشيء الواجب (**حال الزوجين**) من يساره وإعساره ونسبها وصفتها (شرح المنهج ج ٤/٢٦٦)، لقوله تعالى﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ﴾. وقيل يعتبر حاله وقيل حالها وقيل أقل مال يجوز جعله صداقاً (التحفة مع المنهاج ج٧/٤١٧ ـ ٤١٨).

فصل في الوليمة

وليمة العرس سنة والسنة أَن يولم بشاة ويجوز ما تيسر من الطعام ومن دعي إليها لزمته الإجابة صائماً كان أو مفطراً. ....

الشرح

(فصل في الوليمة)

الوليمة لغة: مشتقة من الولم وهو الاجتماع؛ وشرعاً: اسم لكل دعوة أو طعام يتخذ لحادث سرور من عرس وأملاك أو غيرهما، لكن استعمالها مطلقة في العرس أشهر، وفي غيره تقيد فيقال وليمة ختان أو غيره (شرح المنهج مع زيادة ج٤/٢٧٠ - ٢٧١).

(**وليمة العرس سنة**) لثبوتها عنه ﷺ قولاً وفعلاً، فقد أوْلم على بعض نسائه بمدين من شعير وعلى صفية بتمر وسمن وأقط، وقال لعبد الرحمن بن عوف وقد تزوج «أوْلم ولو بشاة» رواهما البخاري؛ والأمر في الأخير للندب قياساً على الأضحية، وسائر الولائم (شرح المنهج ج٤/٢٧١ ـ ٢٧٢) ويدخل وقت الوليمة بالعقد الصحيح فلا تجب الإجابة لما تقدمه وإن اتصل بها خلافاً لمن بحث وجوبها حينئذ زاعماً أنَّها تسمى وليمة عرس ولم يبال بمخالفته لصريح كلام غيره والأفضل فعلها عقب الدخول للاتباع ولا تفوت بطلاق ولا موت ولا بطول الزمن فيما يظهر كالعقيقة وتجب الإجابة إليها وإنْ فُعِلَتْ في الوقت المفضول كما هو ظاهر (التحفة ج٧/٤٢٤ مع زيادة). (**والسنة أَن يولم بشاة**) هذا أقلها للمتمكن (**ويجوز ما تيسر من الطعام**) لأنَّه ﷺ «أولم على صفية بسويق وتمر» رواه الأربعة وكان إذْ ذاك في حرب خيبر وهو مظنة عدم الإمكان (شرح التنبيه ٢/٦٣١). (**ومن دعي إليها**) أي إلى وليمة العرس (**لزمته الإجابة صائماً كان أو مفطراً**) لحديث الشيخين «إذا دعي أحدكم إلى

**فإذا حضر ندب له الأكل ولا يجب فإن كان صائماً تطوعاً ولم يشق عل
صاحب الوليمة صومه فإتمام صومه أفضل وإن شق عليه صومه فالفط
أفضل ولوجوب الإجابة شروط أن لا يخص بها الأغنياء دون الفقرا**

الشرح

وليمة فليأتها» وفي لفظ مسلم: «إذا دعي أحدكم إلى وليمة عرس فليجب
وروى مسلم: «شرُّ الطعام طعام الوليمة يمنعها من يأتيها ويدعى إليها من يأباها
ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله»، وقيل الإجابة إليها فرض كفاي
لأنَّ المقصود ظهور الحال وتمييز النكاح من السفاح وذلك حاصل بحضو
البعض (شرح التنبيه ٢/٦٣١)، ويُردُ بفرض تسليم ما علل به بأن يُؤدي إل
التواكل، وقيل الإجابة سنة لأنَّه تمليك مال فلم تجب ويردُ بأنَّ الأكل سنة
واجب (التحفة ٧/٤٢٦).

(**فإذا حضر ندب له الأكل**) إن كان مفطراً (**ولا يجب**) وقيل يجب
وصححه النووي في شرح مسلم وجرى عليه في التنبيه وعليه يكفي لقمة واحد
لحصول الاسم (شرح المنهج ج٤/٢٧٦ وشرح التنبيه ج٢/٦٣٢). (**فإن كا
صائماً تطوعاً ولم يشق على صاحب الوليمة صومه فإتمام صومه أفضل**) م
الفطر (**وإن شق عليه**) أيْ على الداعي (**صومه**) أيْ المدعو (**فالفطر أفضل**
لإرضاء ذي الطعام ولو آخر النهار للأمر بالفطر ويثاب على ما مضى وقضى
ندباً يوماً مكانه، وقال الإمام الغزالي في الإحياء يندب أنْ ينوي بفطره ادخال
السرور عليه أما الفرض ولو موسعاً فيحرم الخروج منه مطلقاً (التحفة ج٧/٣٤
مع زيادة) (**ولوجوب الإجابة شروط**) كثيرة منها (**أن لا يخص بها الأغنياء**) ول
غيرهم (**دون الفقراء**) بل يعم عند تمكنه عشيرته أو جيرانه أو أهل حرفته وإن
كانوا كلهم أغنياء لخبر «شر الطعام» فالشرط أن لا يظهر منه قصد التخصيص
(شرح المنهج ج٤/٢٧٣).

وأن يدعوه في اليوم الأول فإن أولم ثلاثة أيام فدعاه في اليوم الثاني لم تجب أو في الثالث كرهت إجابته وأن لا يحضره لخوف منه أو طمع في جاهه وأن لا يكون ثم مَنْ يتأذى أو لا تليق به مجالسته ولا منكر من زمر وخمر. . . . .

الشرح

(**وأن يدعوه في اليوم الأول فإن أولم ثلاثة أيام فدعاه في اليوم الثاني لم تجب**) بل تستحب وهو دون سنيتها في الأول في غير العرس وقيل تجب واعتمده الأذرعي إن لم يدع في اليوم الأول أو دعي وامتنع لعذر ودعي في اليوم الثاني (التحفة ج٧/٤٢٩).

(**أو**) دعاه (**في الثالث كرهت إجابته**) ففي أبي داود وغيره أنه ﷺ قال: «الوليمة في اليوم الأول حقٌّ وفي الثاني معروفٌ وفي الثالث رياء وسمعة» وظاهر أن تعدد الأوقات كتعدد اليوم، وأنَّه لو كان لعذر كضيق منزل وجبت الإجابة مطلقاً (التحفة ج٧/٤٢٩). (**وأن لا يحضره**) بضم أوله (**لخوف منه أو طمع في جاهه**) أو ليعاونه على باطل فإن دعاه لشيء من ذلك لم تلزمه الإجابة بل للتقرب والتودد المطلوب أو لنحو علمه أو صلاحه وورعه أولا بقصدٍ شيء كما هو ظاهر (التحفة ج٧/٤٢٩).

(**وأن لا يكون ثم**) أي بالمحل الذي يحضر فيه (**مَنْ يتأذى**) المدعو به لعداوة ظاهرة بينهما أو لحسد ذاك لهذا دون عكسه فيما يظهر نعم إن كان حضوره يحرك حسداً عنده لمن يراه ثمَّ ولا يقدر على دفعه، فظاهر أنَّه لا يلزمه الحضور (التحفة ج٧/٤٢٩). (**أو لا تليق به مجالسته**) كالأراذل للضرر، وليس كثرة الزحمة عذر إن وجد سعة أي لمدخله ومجلسه وأمن على نحو عرضه وإلا عُذِرَ (التحفة ج٧/٤٢٩ ـ ٤٣٠). (**ولا**) ثم (**منكر**) ولو عند المدعو فقط (شرح المنهج ج٤/٢٧٤)، (**من زمر**) ولو بشبابة (**وخمر**) وكداعية لبدعة وكمن

الشرح

يضحك لفحش[1] أو كذب وكنظر رجل لامرأة وعكسه وبه يعلم أنَّ إشراف النساء على الرجال عذرٌ (التحفة ج٧/٤٣٠ مع تقديم وتأخير).

[تَنْبِيْهٌ]: قيد بعضهم عدم وجوب الإجابة إذا وجدت الآت الملاهي بمحل حضور المدعو بخلاف ما إذا لم تكن بمحل حضوره كأن كانت في بيت من بيوت دار الدعوة وهو في غيرها وليس كذلك بل المعتمد عدم جواز الإجابة فضلاً عن وجوبها وإن لم تكن بمحل حضوره، كما قاله الأذرعي والسبكي والشيخ ابن حجر رحمهم الله تعالى اهـ (ملخصاً من التحفة مع ع ب ج٧/٤٣٠).

(وفرش حرير) في دعوة اتخذت للرجال وكفرش الحرير ستر الجدار به بل أولى لأن هذا يحرم حتى على النساء (التحفة ج٧/٤٣١ - ٤٣٢ مع حذف كثير). (وصور حيوان) مشتملة على ما لا يمكن بقاؤه بدونه دون غيره وإن لم يكن لها نظير كفرس بأجنحة هذا إن كانت بمحل حضوره لا نحو باب وممر كما قالاه قدر على إزالتها أمْ لا ولزوم الإزالة مع القدرة معلوم فلا يرد هنا، ألا ترى أنَّ مَنْ بطريقه محرم تلزمه الإجابة ثم إن قدر على إزالته لزمته وإلا فلا فكذا هنا. والحاصلُ: أنَّ المحرم من الصور إن كان بمحل الحضور لم تجب الإجابة وحرم الحضور أو بنحو ممره وجبت إذ لا يكره الدخول إلى محل هي بممره وكان سببه أنَّ في تعليقها ثَمَّ نوع امتهان فلم تكن كالتي بمحل الحضور (التحفة ج٧/٤٣٢).

أو كانت (**على سقف أو جدار أو وسادة منصوبة وستر**) علق لزينة أو

التعليق

(١) قال ع ب (قوله لفحش) اللام بمعنى الباء كما عبّر به النهاية والمغني اهـ (التحفة مع ع ب ٧/٤٣٠)

أو ثوب مكتوب عليه منكر وغير ذلك فإن كان المنكر يزول بحضوره أو كانت الصور على الأرض في بساط أو مخدة يتكئ عليها أو مقطوعة الرأس أو صور الشجر فليحضر ولا يكره نثر السكر ونحوه في الإملاكات

الشرح

منفعة (أو ثوب) ملبوس ولو بالقوة عند الشيخ بن حجر والرملي خلافاً للخطيب (التحفة مع ع ب ج٧/٤٣٢)، (**مكتوب عليه منكر وغير ذلك**) من المحرمات (**فإن كان المنكر يزول بحضوره**) لنحو علم أو جاه فليحضر وجوباً على المنقول المعتمد ليحصل فرضي الإجابة وإزالة المنكر ووجود من يزيله غيره لا يمنع الوجوب عليه لأنَّه ليس للإجابة فقط، كما تقرر ولو لم يعلم بالمنكر إلا بعد حضوره نهاهم فإن عجز خرج فإن عجز لنحو خوف قعد كارهاً ولا يجلس معهم إنْ أمكن (التحفة ج٧/٤٣٠ ـ ٤٣١). (**أو كانت الصور على الأرض في بساط**) يداس (**أو مخدة يتكئ**) أو ينام (**عليها أو**) مرفوعة لكن (**مقطوعة الرأس أو**) كانت الصور (**صور الشجر فليحضر**) وجوباً لأنَّ ما يداس منها ويطرح مهان مبتذل وغيره لا يشبه حيوان فيه روح بخلاف صور الحيوان المرفوعة فإنها تشبه الأصنام (شرح المنهج مع زيادة لفظة وجوباً ج٤/٢٧٥).

[فرع] لا يؤثر حمل النقد الذي عليه صورة كاملة لأنَّه للحاجة ولأنَّها ممتهنة بالمعاملة بها ولأن السلف كانوا يتعاملون بها من غير نكير ومن لازم ذلك عادة حملهم لها، وأما الدراهم الإسلامية فلم تحدث إلا في زمن عبد الملك وكان مكتوباً عليها (بسم الله ـ واسم رسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) (التحفة ج٧/٤٣٣).

(**ولا يكره**) في الأصح (**نثر السكر ونحوه**) كلوز ودنانير ودراهم (**في الإملاكات**) جمع أملاك والمراد به عقد النكاح وكذا سائر الولائم كالختان

(التحفة ج٧/٤٣٧ مع توضيح). (**بل هو خلاف الأولى**) واعتمد في الت
الكراهة وعلله السيوطي رحمه الله تعالى بأنه يؤخذ بتزاحم ويؤدي إلى الو
والعداوة (شرح التنبيه ج٢/٤٣١)، والذي اعتمده الشيخان عدم الكراهة ل
أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حضر أملاكاً فيه أطباق اللوز والسكر فأمسكوا، فقال:
تنتهبون، فقالوا: نهيتنا عن النهب، فقال: إنما نهيتكم عن نهبة العساكر،
العرسان فلا خذوا على اسم الله فجاذبنا وجاذبناه (شرح التنبيه ج٢/
والتحفة ج٧/٤٣٧).

(**والتقاطه أيضاً خلاف الأولى**) قال في التحفة وقيل أخذه مكروه وأ
في الانتصار له لأنه دناءة نعم إن علم أن الناثر لا يؤثر به ولم يقدح أخذ
مروءته لم يكن تركه أولى، ويكره أخذه من الهواء بإزار أو غيره فإن أخذه م
التقطه أو بسط ثوبه لأجله فوقع فيه ملكه بالأخذ ولو صبياً وإن أخذه قن
سيده، فإن وقع في حجره من غير أن يبسطه له فسقط منه قبل قصد أخذه
أو غيره زال اختصاصه به وإلا بقي ولا يملكه لأنَّه لم يوجد منه عند و
بحجره قصد تملك ولا فعل لكنه أولى به فيحرم على غيره أخذه منه ولا ي
(التحفة ج٧/٤٣٧).

[خَاتِمَةٌ]

يجب على الضيف مراعاة القرائن والعادة من أكل جميع ما قدم له و
بعضه، ولا يجوز للأراذل أكل ما قدم للأماثل وأكل لقم كبار مسرعاً في مض
وابتلاعها إذا قلَّ الطعام لأنَّه يأكل أكثره ويحرم غيره، فيجب عليه مراعاة الن
مع الرفقة فلا يأخذ إلا ما يخصه أو يرضون به لاحياء وكذا يقال في قران

نمرتين، ويحرم التطفل والدخول إلى محل الغير لتناول طعامه بلا إذن ولا علم رضاه أو ظنه بقرينة بل يفسق به إن تكرر، قال في التحفة ومنه أن يدعى ولو صوفياً مسلكاً أو عالماً مدرساً فيستصحب جماعته من غير إذن الداعي ولا ظن رضاه بذلك (زيتونة الالقاح ص١٠٨ إلى ١١١).

** ** **

باب معاشرة الأزواج

يجب على كل واحد من الزوجين المعاشرة بالمعروف وبذل ما يلزمه مِنْ غير مطل ولا إظهار كراهة.........................

الشرح

(باب معاشرة الأزواج)

لما كان النكاح مشتركاً بين الزوجين اقتضى ثبوت حق لكل منهما على الآخر وإن تفاوتا فيه، وعبر المصنف بباب معاشرة الأزواج لأنَّ النكاح مناط حقوق الزوج على الزوجة كالطاعة والمعاشرة في السكن وحقوق الزوجة على الزوج كالمهر والنفقة والمعاشرة بالمعروف، قال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾، ومن المعاشرة بالمعروف القسم، وفائدته العدل والتحرز عن الإيذاء والإيحاش بترجيح البعض، قال الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وجماع المعروف بين الزوجين الكف عن المكروه وأن يوفي كل واحد حق صاحبه ببشر وطلاقة وجه من غير قطوب وعبوس وأن لا يمطل كل واحد منهما فيما عليه فأيهما مطل فمطل الغنى ظلم. والأفضل: أن يكون الحرص على أداء الحق أكثر من الحرص على استيفائه، لأنَّ المؤدي يقضي فرضاً، والمستوفي مخير في استيفاء حقه، والمشهور: أنَّ القسم كان واجباً على رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وقال الأصطخري كان يقسم لهن تفضلاً (النجم ج٧/٣٩٧ باختصار).

(يجب على كل واحد من الزوجين المعاشرة بالمعروف) قال تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ وتقاس الزوجة بالزوج في ذلك (شرح التنبيه ج٢/٦٣٣).

(و) يجب على كل واحد منهما **(بذل ما يلزمه مِنْ غير مطل ولا إظهار كراهة)** بل يبذله وهو طلق الوجه والواجب على الزوج النفقة والكسوة ونحوها

ويحرم على الرجل أن يسكن زوجتين في مسكن واحد إلا برضاهما وله أن يمنعها من الخروج من منزله فإن مات لها قريب اسْتُحِب أنْ يأذنَ لها في الخروج ومن له نساء لا يجب عليه أن يقسم لهن بل له الإعراض عنهن بلا إثم وليس له أن..............

وعلى الزوجة التمكين من الاستمتاع ولزوم المسكن ونحوهما (شرح التنبيه ج٢/٦٣٣).

(ويحرم على الرجل أن يسكن زوجتين في مسكن واحد) أوْ بمساكن اتحدت مرافقهما أو واحد منها كمستراح أو بئر وسطح ومرقى إليه ورَحَى ولو ليلة واحدة لأنه يُولد كثرة المخاصمة ولأن المساكن المتحدة المرافق كالمسكن الواحد وبحث الزركشي جواز جمعهن بخيمة في السفر لمشقة الإفراد مع عدم تأبد الضرر وهو ظاهر (فتح الجواد ج٢/١٣٢).

(إلا برضاهما) فيجوز لكن جماع كلٍ بحضرة الأخرى إذا لم تر شيئاً من عورتها مكروه وقيل حرام وصوب ولا يلزمها الإجابة إليه (فتح الجود ٢/١٣٢).

(وله أن يمنعها من الخروج من منزله) قال الإمام بالإجماع، وفي الحديث «حق الزوج على زوجته أن لا تخرج من بيته إلا بإذنه» رواه ابن أبي شيبة.

(فإن مات لها قريب اسْتُحِب أنْ يأذنَ لها في الخروج) لأنَّ منعها يؤدي إلى النفور (شرح التنبيه ج٢/٦٣٤)، (ومن له نساء لا يجب عليه أن يقسم لهن) ابتداء لأنَّ المبيت حقه فجازَ لَهُ تركه كسكنى الدار المستأجرة (شرح التنبيه ج٢/٦٣٤)، (بل له الإعراض عنهن بلا إثم) نَعَمْ يستحب له أن لا يعطلهن لأنَّ فيه إضراراً بهن وقد يفضي إلى الفجور (شرح التنبيه ج٢/٦٣٤)، (وليس له أن

يبتدئ المبيتَ عند إحداهن إلا بالقرعة فإن بات عند واحدة منهن لزم
المبيت عند الباقيات بقدره فإذا أراد القسم أقرع فمن خرجت قرعتها
قدمها ويقسم للحائض والنفساء والمريضة والرتقاء.........

الشرح

يبتدئ المبيتَ عند إحداهن إلا بالقرعة) تحرزاً من الترجيح بلا مرجح، وَهُوَ
الميل المنهي عنه (شرح التنبيه ج٢/٦٣٤).

(فإن بات عند واحدة منهن) بقرعة أَوْ لا (لزمه المبيت عند الباقيا
بقدره) أما المعرض فلا يلزمه المبيت لأنه حقه ولأنَّ في داعية الطبع ما يغ
عن إيجابه وله في الأثناء الإعراض أيضاً لكن بعد التسوية بينَهُنَّ؛ وتسن التسو
بينهن في سائر أنواع الاستمتاع ولا يؤاخذ بميل القلب إلى بعضهن أكثر و
قسم بين إماء ولا إماء وزوجة فله المبيت عند إحداهن الدهر (فتح الجو
ج٢/١٣٠).

(فإذا أراد القسم أقرع) وجوباً عند عدم إذنهن للابتداء بواحدة منه
(شرح المنهج ج٤/٢٨٣). (فمن خرجت قرعتها قدمها) وبعد تمام نوبة
يقرع بين الباقيات ثم بين الأخريين فإذا تمت النوب راعى الترتيب فلا يحتا
إلى إعادة القرعة، ولو بدأ بواحدة بلا قرعة فقد ظلم ويقرع بين الثلاث ف
تمت قرع للابتداء (شرح المنهج ج٤/٢٨٣). (ويقسم) غير المعرض لسا
زوجاته ولو (للحائض والنفساء والمريضة والرتقاء) والقرناء والمحر
والمولى منها والمراهقة والجذمى والمجنونة إذا أَمِنَ شرها لأن الغرض الأُن
لا الاستمتاع. ولا يجب القسم لمحبوسة ظلماً أو لدين لم يأذن الزوج فيه و
يجب لطفلة لا يشتهيها ذو طبع سليم وإنْ قربت من المراهقة على الأوجه لأن
حينئذ لا تستأنس به ولا لمعتدة من وطء شبهة لتحريم الخلوة بها (فتح الجو
ج٢/١٣٠).

فإن كان معه حرة وأمة قسم للحرة مثل ما للأمة مرتين وأقل القسم ليلة ويتبعها يوم قبلها أوْ بعدها وأكثره ثلاثة أيام ولا يزاد على ذلك

الشرح

(**فإن كان معه حرة وأمة قسم للحرة مثل ما للأمة مرتين**) لقول سلمان بن يسار من السنة إذا تزوج الحرة على الأمة قسم للحرة ليلتين وللأمة ليلة، رواه الدار قطني عن علي ولا يعرف له مخالف وبه قال أبو حنيفة وعن مالك: أنه يسوى بينهما (النجم ج٧/٤٠٧)، ولا يجوز أن يقسم أربع ليال وليلتين لأنَّه يفضي إلى الزيادة على الثلاثة (شرح التنبيه ج٢/٦٣٤).

(**وأقل القسم ليلة ويتبعها يوم قبلها أوْ بعدها**) فلا يجوز تبعيضها على الأصح لأنه يُنَغِّص العيش ويبطل الاستئناس ولأنَّ أجزاء الليل يعسر ضبطها.

والظاهر: أنَّ الخلاف عند فقد التراضي فإن رضوا جاز قطعاً وعليه يحمل طوافه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على نسائه في ليلة واحدة. وإلا فهو مشكل على ما رجحوه إلا إذا قلنا: إنَّ القسم لم يكن عليه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ واجباً. وقد يكون القسم أقل من ليلة وذلك في المسافر فإنَّ المعتبر فيه أوقات النزول (النجم مع حذف ج٧/٤٠٥ ـ ٤٠٦).

(**وأكثره ثلاثة أيام**) لأنَّها مدة قريبة وإذا جاز في الثلاث ففيما دونها أولى سواء ارتضين بذلك أم لا، وفي وجه عن الشيخ أبي اسحاق: لا تجوز الزيادة على ليلة إلا برضاهن (النجم ج٧/٤٠٦).

(**ولا يزاد على ذلك**) على المذهب إلا برضاهن وإن تفرقن في البلاد لما فيه من الإيحاش والإضرار (التحفة ج٧/٤٤٧). وعن الاملاء: أنه يقسم مياومة ومشاهرة ومساهنة فحملوه على ما إذا رضين به فإنَّ الحق لهُنَّ، ولم يجعلوه قولاً ومنهم مَنْ أثبت في جواز الزيادة قولين أو وجهين.

وعماد القسم الليل والنهار تابع لمن معيشته بالنهار فإن كانت معيشته بالليل كالحارس فعماد قسمه بالنهار ولا يجب عليه وطء لكن تندب التسوية بينهن فيه في سائر الاستمتاعات ....

الشرح

وإذا قلنا بالجواز: فإلى كم؟ عَنْ صاحب التقريب لا يجوز الزيادة على سبعة لأنَّها مدة مستحقة في زفاف البكر، وعن الشيخ أبي محمد وغيره: ما لم يبلغ أربعة أشهر مدة تربص المولي، وقيل لا تقدير بل هو إلى اختياره حكاه الغزالي، قال الإمام: ولا يجوز على هذا إلى خمس سنين (النجم ج٧/٤٠٦)

(**وعماد القسم**) لغير حارس (**الليل**) لأنه وقت السكون (**والنهار**) قبله أو بعده وهو أولى (**تابع لمن معيشته بالنهار**) لأنَّه وقت المعاش، قال تعالى ﴿هُوَ ٱلَّذِى جَعَلَ لَكُمُ ٱلَّيۡلَ لِتَسۡكُنُواْ فِيهِ وَٱلنَّهَارَ مُبۡصِرًا﴾، وقال الله تعالى: ﴿وَجَعَلۡنَا ٱلَّيۡلَ لِبَاسًا ۝١٠ وَجَعَلۡنَا ٱلنَّهَارَ مَعَاشًا﴾.

(**فإن كانت معيشته بالليل كالحارس فعماد قسمه بالنهار**) لأنَّه وقت سكونه والليل تبع لأنه وقت معاشه، وعماد القسم للمسافر وقت نزوله ليلاً كان أو نهاراً لأنَّه وقت خلوته (شرح المنهج ج٤/٢٨٢).

[تَنْبِيهٌ]: من كان عمله في الليل والنهار فالأصل في حقه وقت راحته ووقت شغله تبع ولو كان يعمل تارة ليلاً وتارة نهاراً لم يجز له أن يجعل لواحدة ليلة تابعة ونهاراً متبوعاً ولأخرى عكسه (البيجوري ج٢/١٣٤).

(**ولا يجب عليه وطء**) لأنه راجع إلى النشاط وقد لا يتأتى له (شرح التنبيه ج٢/٦٣٤). (**لكن تندب التسوية بينهن فيه**) إذا أمكنه (**و**) كذا (**في سائر الاستمتاعات**) لأنه أكمل في العدل (شرح التنبيه ج٢/٦٣٤)، قال **في الجواهر**: والأولى أن يناما في فراش واحد، إذا لم يكن لأحدهما عذر في الانفراد،

وإنْ أراد أن يسافر بامرأة منهنَّ لم يجز إلا بالقرعة فإن سافر بقرعة لم يقض للمقيمة وإن سافر بها بغير قرعة أثم ولزمه القضاء.

الشرح

لا سيما إذا عرف حرصها على ذلك اهـ (النجم ج٧/٣٩٩). (**وإنْ أراد أن يسافر**) لغير نقلة (**بامرأة منهنَّ**) ولو سفراً قصيراً (**لم يجز إلا بالقرعة**) حذراً من التخصيص (شرح التنبيه ج٢/٦٣٥)، وفي الحديث: «أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه فأيتهن خرج سهمها سافر بها معه» رواه الشيخان. ويجب عليه أن يقضي للمتخلفات مدة الإقامة إن ساكن فيها مصحوبته بخلاف ما إذا لم يساكنها وبخلاف مدة سفره ذهاباً وإياباً إذْ لم ينقل أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى بعد عوده فصار سقوط القضاء من رخص السفر لأنَّ المصحوبة مَعَه وإن فازت بصحبته فقد تعبت بالسفر ومشاقه (شرح المنهج ج٤/٢٨٦).

[تَنْبِيهٌ]: إذا أراد السفر لنقلة لا يجوز أن يصحب بعضهن ولو بقرعة ولا يخلفهن حذراً من الإضرار بل ينقلهن أو يطلقهن أو ينقل بعضاً ويطلق الباقي فإن سافر ببعضهن ولو بقرعة قضى للمتخلفات (شرح المنهج ج٤/٢٨٦).

(**فإن سافر بقرعة لم يقض للمقيمة**) سواء كان في مسافة القصر أم لا وقيل إن كانت إلى مسافة لا تقصر فيها الصلاة، قضى لأنَّه في حكم الحضر (شرح التنبيه ج٢/٦٣٥).

(**وإن سافر بها بغير قرعة أثم ولزمه القضاء**) للباقيات ما بين إنشاء السفر إلى أن يرجع إليهن (شرح التنبيه ج٢/٦٣٥)، وإن لم يبت معها كما رجحه البلقيني ولو رضين بخروج واحدة فلا قضاء أيضاً ولهن الرجوع قبل سفره، قال الماوردي: وكذا بعده ما لم يجاوز مسافة القصر (فتح الجواد ج٢/١٣٤).

ومن وهبت حقها من القسم لبعض ضرائرها برضا الزوج جاز وإن وهبت للزوج جعله لمن شاء منهن فإن رَجَعَتْ في الهبة عادت إلى الدور من يوم الرجوع ولا يجوز أن يدخل على امرأة في نوبة أخرى بلا شغل فإن دخل بالنهار لحاجة.........

الشرح

(ومن وهبت حقها من القسم لبعض ضرائرها برضا الزوج جاز) لأنَّ سودة وهبت ليلتها لعائشة فكان صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقسم لعائشة يومها ويوم سودة، متفق عليه ولا عبرةَ برضى الموهوب لها فإن لم يرض الزوج لم يعتد بذلك لأنَّ الاستمتاع بها حقه وهي لا تملك إسقاطه (شرح التنبيه ج٢/٦٣٥). (وإن وهبت للزوج جعله لمن شاء منهن) لأنها جعلت الحقَ له فيضعه حيث شاء (شرح التنبيه ج٢/٦٣٥)، ولا يجوز للواهبة أن تأخذ بحقها عوضاً فإن أخذته لزمها رده واستحقت القضاء (شرح المنهج ج٤/٢٨٨). (فإن رَجَعَتْ في الهبة عادت إلى الدور من يوم الرجوع) إذا علم الزوج به فإن لم يعلم ومضت نوبٌ لم يستحق قضاء، كما لو أباحَ الإنسانُ ثَمَرَ بستانه ثم رَجَعَ لم يضمن ما أتلفه بعد الرجوع وقبل العلم (شرح التنبيه ج٢/٦٣٥).

[تَنْبِيْهٌ]: لو وهبت ليلتها لهن أو أسقطت نصيبها سوى بين الباقيات فيه ولا يخصص به بعضهن فتجعل الواهبة كالمعدومة (شرح المنهج ج٤/٢٨٨).

(ولا يجوز أن يدخل على امرأة في نوبة أخرى بلا شغل) من حاجة أو ضرورة (فإن دخل بالنهار) التابع (لحاجة) ولو غير ضرورية كوضع متاع وتسليم نفقة وله في هذه الحالة تمتع بغير وطء أما بوطء فيحرم لقول عائشة «كان النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يطوف علينا جميعاً فيدنوا من كل امرأة من غير مسيس» أي وطء، رواه أبو داود والحاكم وصحح إسناده؛ ولا يطيل مكثه فإن أطاله قضى كما في المهذب وغيره وإنْ لم يطل مكثه فلا قضاء وإنْ وقَعَ وطء لم يقضه وإنْ طال

المكث لتعلقه بالنشاط (شرح المنهج ج٤/٢٨٢ ـ ٢٨٣).

(أو) دخل (**بالليل لضرورة**) كمرضها المخوف ولو ظناً، قال الغزالي أو احتمالاً فيجوز دخوله ليتبين الحال لعذره (شرح المنهج ج٤/٢٨٢)، (**جاز**) الدخول في التابع للحاجة وفي الأصل لا يجوز الدخول إلا للضرورة. (**وإلا**) بأنْ لم يكن دخوله لضرورة ولا لحاجة (**فلا**) يجوز لما فيه من إبطال حق صاحبة النوبة أصلاً وتبعاً من غير ضرورة ولا حاجة.

(**وإن**) خالف و(**أقام**) في الأصل أو في التابع يوماً أو بعض يوم (شرح التنبيه مع زيادة ج٢/٦٣٦)، (**لزمه القضاء**) للمقسوم لها بخلاف الزمن اليسير (شرح التنبيه مع زيادة ج٢/٦٣٦).

[تَنْبِيهٌ]: حاصل ما قيل في وجوب القضاء في الأصل والتابع ما يلي: أنه إذا دَخَلَ في الأصل لضرورة وطال زمن الضرورة أو أطاله فإنه يقضى الجميع وإن دخل في التابع لحاجة وطال زمن الحاجة فلا قضاء وإن أطاله قضى الزائد فقط، وقد نظم بعضهم ذلك بقوله:

للزوج أَنْ يدخل للضرورةِ	لضرة ليست بذات النوبةِ
في الأصل مَعْ قضاء كل الزمنِ	إن طالَ أو أطالَهُ فاتقِنِ
وإنْ يَكُنْ في تابعٍ لحاجة	وقد أطالَ وَقْتَ تِلكَ الحاجةِ
قضى الذي زادَ فقط ولا يجبْ	قَضَاؤهُ في الطول هذا ما انتخب
وإن يَكُنْ دُخُولُهُ لا لغرض	عصى ويقضى لا جِمَاعاً إن عرضْ

(إعانة الطالبين ج٣/٣٧٢ - ٣٧٣)

وإن تزوج جديدة وعنده غيرها قطع الدور للجديدة فإن كانت بكراً أقامَ عندها سبعاً ولم يقض، وإن كانت ثيباً فهو بالخيار بين أن يقيم عندها سبعاً ويقضي وبين أن يقسم ثلاثاً ولا يقضي، ويندب له أن يخيرها بينهما فإن أقام سبعاً بطلبها قضى السبع أو بدونه قضى أربعاً فقط

الشرح

(وإن تزوج جديدة) بكراً أو ثيباً (وعنده) امرأتان (شرح التنبيه ج٢/٦٣٦)، (غيرها) وقد قسم لهما (شرح التنبيه ج٢/٦٣٦)، (قطع الدور للجديدة) إذْ لا يمكن تخصيص القديمتين بالمباشرة (شرح التنبيه ج٢/٦٣٦)، (فإن كانت) الجديدة (بكراً) بالمعنى السابق في إذنها في النكاح (أقامَ عندها سبعاً) ولاء (ولم يقض، وإن كانت ثيباً فهو بالخيار بين أن يقيم عندها سبعاً ويقضي وبين أن يقسم ثلاثاً ولا يقضي) للأخريات لخبر ابن حبان في صحيحه سبع للبكر وثلاث للثيب، وفي الصحيحين عن أنس من السنة إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعاً ثم قسم وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثا ثم قسم والعدد المذكور واجب على الزوج لتزول الحشمة بينهما ولهذا سُوِّيَ بين الحرة وغيرها لأنَّ ما يتعلق بالطبع لا يختلف بالرق والحرية كمدة العنة والإيلاء وزيد للبكر لأنَّ حياءها أكثر (شرح المنهج ج٤/٢٨٤).

(ويندب له أن يخيرها) أيْ الثيب الجديدة (بينهما) أيْ بين الثلاث بلا قضاء للأخريات والسبع مع القضاء للأخريات (شرح المنهج بالمعنى ٤/٢٨٤-٢٨٥). (فإن أقام) عندها (سبعاً بطلبها قضى) للأخريات (السبع) جميعها (أو) أقام عندها سبعاً (بدونه) أي بدون طلبها (قضى أربعاً فقط) أيْ الزائد على الثلاث ولو خيرها فسكتت أو فوضت الأمر إليه تخير كما هو ظاهر فإن أقامَ السبع بغير اختيارها أوْ اختارت دون السبع لم يقض إلا الزائد على الثلاث لأنها لم تطمع في حق غيرها وهي البكر (التحفة ج٧/٤٥٠). ولو زاد البكر على

وله الخروج نهاراً لقضاء الحاجات والحقوق ومن ملك إماءً لم يلزمه أنْ يقسم لهن، ويندب أن لا يعطلهن من الوطء وأن يسوي بينهن فيه وإذا رأى من المرأة أمارات النشوز وعظها بالكلام ....

الشرح

السبع قضى الزائد فقط مطلقاً ويوجه بأنَّها لم تطمع في الحق المشروع لغيرها (التحفة مع توضيح للعبارة ج٧/٤٥٠) (وله) أيْ الزوج في هذه الأيام السبع والثلاث (**الخروج نهاراً لقضاء الحاجات**) كبيع وشراء ونحوهما (و) لقضاء (**الحقوق**) كعيادة مريض وتشييع جنازة.

[تَنْبِيهٌ]: سكت المصنف عن حكم الخروج ليلاً ليالي الزفاف والذي اعتمده الشيخان وجوب التخلف فيها عن نحو الخروج للجماعة وتشييع الجنائز وتبعهما الشيخ الخطيب في المغني. واعتمد الشيخ ابن حجر رحمه الله تبعاً للأذرعي عدم وجوب التخلف في مدة أيام الزفاف (انظر فتح المعين مع ترشيح المستفيدين ص٣٢٩).

(**ومن ملك إماءً لم يلزمه أَنْ يقسم لهن**) لأنَّ القسم من خصائص النكاح وفي التنزيل ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾، دل على أنه لا يجب القسم في ملك اليمين، لكنه يسن كي لا يحقد بعض الإماء على بعض (شرح التنبيه ج٢/٦٣٧ ـ ٦٣٨ مع زيادة). (**ويندب أن لا يعطلهن من الوطء**) خوفاً من الفجور (شرح التنبيه ج٢/٦٣٨) (**وأن يسوي بينهن فيه**) حذراً من إيغار صدورهن (شرح التنبيه ج٢/٦٣٨)، (**وإذا رأى من المرأة أمارات النشوز**) كخشونة جواب بَعْدَ لِيْنٍ وتعبيس بعد طَلاَقَةٍ وإعراضٍ بَعْدَ إقبال (التحفة ج٧/٤٥٤ ـ ٤٥٥).

(**وعظها بالكلام**) ندباً أيْ حذرها عقاب الدنيا بالضرب وسقوط المؤن

وإن صرحت بالنشوز هجرها في الفراش دونَ الكلام وضربها ضرباً غير مبرح أيْ لا يكسر عظماً ولا يجرح لحماً ولا ينهر دماً..........

الشرح

والقسم والآخرة بالنار، قال تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾، وينبغي أن يذكرَ لها خبر الصحيحين «إذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى تصبح» (التحفة ج٧/٤٥٤ ـ ٤٥٥).

(**وإن صرحت بالنشوز**) كأن دعاها إلى فراشه فامتنعت من غير عذر أو خرجت من غير عذر (التحفة ج٧/٤٥٤ ـ ٤٥٥)، (**هجرها**) ندباً (**في الفراش**) فلا يضاجعها فيه (**دونَ الكلام**) لحرمته لكل أحد فيما زاد على ثلاثة أيام إلا إنْ قصد ردها عن المعصية وإصلاح دينها لاحظ نفسه (التحفة ج٧/٤٥٤ ـ ٤٥٥).

[تَنْبِيهٌ]: لا يعد من النشوز الشتم ولا الإيذاء له باللسان أوْ غيره بل تأثم به، وتستحق التأديب عليه ويتولى تأديبها بنفسه على ذلك ولا يرفعها إلى قاض ليؤدبها لأن فيه مشقة وعاراً وتنكيداً فيما بعد وتوحيشا للقلوب، بخلاف ما لو شتمت أجنبياً (انظر المغني ج٣/٣٣٢).

(**وضربها**) إن أفاد الضرب (**ضرباً غير مبرح أيْ لا يكسر عظماً ولا يجرح لحماً ولا ينهر دماً**) فإذا لم يفد الضرب فيحرم المبرح وغيره لأنَّه عقوبة بلا فائدة كما لا يضرب وجهاً ومهالك ولا نحيفة لا تطيقه ولا يبلغ بضرب حرة أربعين وغيرها عشرين.

ولم يجب الرفع هنا للحاكم لأنه مشق ولأنَّ القصد ردها للطاعة كما أفاده قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾، ولو ادعى أنَّ سببَ الضرب النشوز وأنكرت صدق، كما بحثه في المطلب لأن الشَرعَ جعله ولياً فيه

سواءٌ نشزت مرة أو تكرر منها وقيل لا يضر بها إلا إذا تكرر نشوزها.

الشرح

ويتجه أنه إنما يصدق بيمينه (التحفة مع تقديم وتأخير ج٧/٤٥٥).

(سواءٌ نشزت مرة أو تكرر منها) لحصول النشوز وصححه الشيخ أبو اسحاق في المهذب وابن الصباغ وتبعهما النووي وهو المعتمد (شرح التنبيه ج٢/٦٣٨ مع زيادة لفظة: وهو المعتمد).

(وقيل لا يضر بها إلا إذا تكرر نشوزها) وهذا ما صححه الشيخ أبو حامد والمحاملي وتبعهما الرافعي واختاره الإمام السيوطي (شرح التنبيه ج٢/٦٣٨).

وجرى عليه صاحب صفوة الزبد، قال في صفوة الزبد:

ومَــن أمــارات النشــوز لحظــا ... مِــنْ زوجــةٍ قــولاً وفِعــلاً وعظــا

وليهجــرنْ حيــثُ النشــوز حققــه ... ويســقطُ القســم لهــا والنفقــةْ

فـإن أصـرت جـاز ضـربٌ إن نجـع ... فـي غيـر وَجْـهٍ مع ضـمان مَـا وقـع

** ** **

باب النفقات

يجب على الزوج نفقة زوجته يوماً بيوم ....

الشرح

(باب النفقات)

مأخوذ لفظها من الإنفاق والإخراج وجمعت لاختلاف أنواعها ولوجوبها ثلاثة أسباب: ملك النكاح وملك اليمين والقرابة. وإنما بدأ المصنف بنفقة الزوجات لأنها واجبة بالنص والإجماع بطريق المعاوضة في مقابلة التمكين من الاستمتاع ولا تسقط بمضي الزمن فهي أقوى من غيرها.

والأصل في وجوبها قوله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُوا۟ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾، والقيم على الغير هو المتكفل بأمره (النجم ج٨/٢٢٧). وروى مسلم عن جابر أن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال في خطبته في حجة الوداع: «فاتقوا الله في النساء» إلى أن قال «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف».

والحقوق الواجبة بالزوجية سبعة: الطعام ـ والإدام ـ والكسوة ـ والسكنى ـ وآلة التنظيف ـ ومتاع البيت ـ وخادم إن كانت ممن يخدم (انظر المغني ج٣/٥٤٢ ـ ٥٤٣)؛ وقد نظمها بعضهم بقوله:

حقوق النكاح الواجبات لزوجةٍ ... على الزوج بالتمكين سبع لوازم
طعام وأدم ثم سكنى وكسوة ... وآلة تنظيف متاع وخادم

(الفتاوى النافعة للخطيب ص١٦٦)

(يجب على الزوج نفقة زوجته) بالإجماع **(يوماً بيوم)** لأنها تدور مع التمكين وجوداً وعدماً، وقال في القديم: تجب نفقة النكاح بالعقد كما يجب به

فإن كان موسراً لزمه مدان من الحَبِّ المقتات في البلد وإن كان معسراً فمد وإن كان متوسطاً فمد ونصف ....

الشرح

المهر إلا أنه لا يجب التسليم إلا بالتمكين يوماً بيوم وعلى هذا أي القديم فلو ضمن عنه نفقة مدة معلومة في المستقبل جاز وعلى الجديد لا يجوز لأنَّه ضمان مالم يجب فلا يصح الضمان إلا لنفقة اليوم بعد دفعه له (شرح التنبيه ج٢/٧٤٧ ـ ٧٤٨).

(**فإن كان موسراً**) وهو من عنده ما يكيفه بقية العمر الغالب وزاد عليه مدان، (**لزمه مدان من الحَبِّ المقتات**) غالباً (**في البلد**) أيْ بلد الزوجة وإنْ لم يلق بها ولا أَلِفَتهُ إذ لها إبداله فإن اختلف غالب قوت محلها أو أصل قوته بأن لم يكن فيه غالب وجب لائق بيسار الزوج وإعساره ولا عبرة بما يتناوله توسعاً أو بخلاً وزهداً (التحفة ج٨/٣٠٤ وشرح المنهج ج٤/٤٨٩). (**وإن كان معسراً**) وهو من لا يملك ما يخرجه عن المسكنة ولو مكتسباً (**فمد**) ومثل المعسر في وجوب المد عليه فقط المكاتب والمبعض الموسران لضعف ملك المكاتب ونقص حال الثاني (شرح المنهج ج٤/٤٨٨). (**وإن كان متوسطاً**) وهو من عنده ما يكفيه بقية العمر الغالب وزاد عليه شيء أقل من مدين (**فمد ونصف**) ولو لرفيعة، أما أصل التفاوت فلقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾، وأمَّا ذلك التقدير فبالقياس على الكفارة بجامع أنَّ كلا مال يجب بالشرع ويستقر في الذمة وأكثر ما وجب فيها لكل مسكين مدان ككفارة نحو الحلق في النسك وأقل ما وجب له مد في كفارة نحو اليمين وهو يكتفي به الزهيد وينتفع به الرغيب فلزم الموسر الأكثر والمعسر الأقل والمتوسط ما بينهما، وإنما لم يعتبر شرف المرأة وضده لأنها لا تعير بذلك ولا الكفاية كنفقة القريب لأنها تجب للمريضة والشبعانة نعم ظاهر خبر هند خذي ما يكفيك

ويلزمه مع ذلك أجرة الطحن والخبز والأدم على حسب عادة البلد من اللحم والدهن وغير ذلك ....

الشرح

وولدك بالمعروف أنها مقدرة بالكفاية واختاره جمع من جهة الدليل وبسطوا القول فيه وقد يجاب عن الخبر بأنه لم يقدرها بالكفاية فقط بل بحسب المعروف وحينئذ فما ذكروه هو المعروف المستقر كما هو ظاهر ولو فتح باب الكفاية للنساء من غير تقدير لوقع التنازع لا إلى غاية فتعين ذلك التقدير اللائق بالعرف الشاهد له تصرف الشارع كما تقرر (التحفة ج٨/٣٠٢).

[تَنْبِيْهٌ]: العبرة باعتبار كونه معسراً أو موسراً أو متوسطاً بطلوع فجر كل يوم لأنه وقت الوجوب وإنما وجب لها ذلك بفجر اليوم لأنها تحتاج إلى طحنه وعجنه وخبزه (المغني مع توضيح ج٣/٥٤٤).

(**ويلزمه مع ذلك أجرة الطحن والخبز**) أو يتولى طحنه وخبزه هو بنفسه أو بنائبه الثقة وإن اعتادت تولي ذلك بنفسها، حتى لو باعته أو أكلته حباً استحقت مؤن ذلك كما قاله الغزالي رحمه الله تعالى وكذا عليه مؤنة اللحم وما يطبخ به وإن أكلته نيئاً (التحفة ج٨/٣٠٥). (**والأدم على حسب عادة البلد**) أيْ بلد الزوجة (**من اللحم**) يقدره أي اللحم عند تنازعهما القاضي باجتهاده معتبراً في قدره جنسه وزمنه ما يليق بيساره وإعساره وتوسطه ولا يتقدّر بشيء إذ لا توقيف فيه وتقديره في النص برطل أي بغدادي على المعسر في كل أسبوع أي ويوم الجمعة أولى لأنه أولى بالتوسيع جري على عادة أهل مصر لعزة اللحم عندهم يومئذ ومِنْ ثَمَّ تعتبر عادة أهل القرى من عدم تناولهم إلا نادراً أو عادة أهل المدن رخصاً وغلاءً (التحفة ج٨/٣٠٩).

(**والدهن وغير ذلك**) كالتمر والجبن واللبن لأنَّ الطعام لا يساغ أكله في

فإن تراضيا على أخذ العوض عن ذلك جاز ولها ما تحتاج إليه من الدهن للرأس والسدر والمشط وثمن ماء الاغتسال إن كان سببه جماعاً أو نفاساً فإن كان سببه حيضاً ....

الشرح

الغالب إلا به، ويختلف باختلاف الفصول الأربعة فيجب في كل فصل ما يعتاده الناس فيه ويقدره كاللحم قاضٍ باجتهاده عند التنازع إذ لا تقدير فيهما من جهة الشرع ويفاوت في قدره بين الموسر والمعسر والمتوسط فينظر ما يحتاجه المد من الأدم فيفرضه على المعسر وضعفه على الموسر وما بينهما على المتوسط وما ذكر الشافعي من مكيلة زيت أو سمن أي أوقية تقريب (شرح المنهج ج٤/٤٩٠).

(**فإن تراضيا على أخذ العوض عن ذلك**) المذكور الواجب لها عليه (**جاز**) لأنَّه اعتياض عن طعام مستقر في الذمة لمعين كالاعتياض عن طعام مغصوب تلف (شرح المنهج ج٤/٤٨٩) إلا خبزاً ودقيقاً ونحوهما فلا يجوز أن تتعوضه عن الحب الموافق له جنساً على المذهب لأنَّه ربا (التحفة ج٨/٣٠٦)، وقيل لا يجوز الاعتياض كما في طعام الكفارة والمسلم فيه (شرح التنبيه ج٢/٧٤٣).

(**ولها ما تحتاج إليه**) لإصلاح شعرها (**من الدهن للرأس و**) ما يغسل به الرأس عادة كـ (**السدر**) ونحوه (**و**) كذا يجب لها أيضاً آلة تنظيف لبدنها وثيابها ويرجع في قدر ذلك ووقته للعادة (التحفة ج٨/٣١٢)، كـ (**المشط**) قال القفال وخلال وبه يعلم أنَّ السواك كذلك بالأولى (التحفة ج٨/٣١٢). (**وثمن ماء الاغتسال**) يجب عليه (**إن كان سببه جماعاً**) أو ملاعبة (**أو نفاساً**) منه يعني ولادة ولو بلا بلل لأنَّ الحاجة إليه من قبله (التحفة ج٨/٣١٣)، قال شيخ الإسلام ويقاس بذلك ماء الوضوء فيفرق بين أن يكون بمسه وأن يكون بغيره (شرح المنهج ج٤/٤٩٣). (**فإن كان سببه حيضاً**) وإن وطئ فيه أو بعد انقطاعه

أو غير ذلك لم يلزمه ولا يلزمه ثمن الطيب ولا أجرة الطبيب ولا شراء الأدوية ونحو ذلك ويجب لها من الكسوة ما جرت به العادة في البلد من ثياب البدن ....

الشرح

فيما يظهر (لتحفة ج٨/٣١٣)، (أو غير ذلك) كالاحتلام ومثله استدخالها لذكره وهو نائم (التحفة ج٨/٣١٣)، (لم يلزمه) في الأصح إذ لا صنع منه ومقابل الأصح يلزمه لكثرة وقوع الحيض وفي عدم إيجابه إجحاف بها (النجم ج٨/٢٤٤)، (ولا يلزمه ثمن الطيب) والكحل والخضاب والعطر لأنَّه لزيادة التلذذ وذلك حق له فإن أراده هيأه ولزمها استعماله وجوباً (التحفة ج٨/٣١٢ مع زيادة من غيرها). (ولا أجرة الطبيب ولا شراء الأدوية ونحو ذلك) مما يحفظ البدن كأجرة فاصد وحاجم وخاتن لأنَّها لحفظ البدن كما لا يجب على المستأجر عمارة الدار المستأجرة بخلاف الدهن ونحوه فإنَّه بمنزلة كنس الدار وغسلها وذلك على المستأجر (شرح التنبيه ج٢/٧٤٤مع زيادة).

(ويجب لها من الكسوة ما جرت به العادة في البلد من ثياب البدن) بالإجماع وذلك لقوله تعالى: ﴿وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾، ولأنَّه صَلَّى ٱللَّٰهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عدها من حقوق الزوجية، ولأنَّ البدن لا يقوم بدونها كالقوت ومن ثَمَّ مع كون استمتاعه بكل البدن لم يكف فيها ما يقع عليه الاسم إجماعاً بخلاف الكفارة بل لا بُدَّ أن تكفيها بحسب بدنها ويختلف عددها باختلاف محل الزوجة برداً وحراً ومن ثَمَّ لو اعتادوا ثوبا للنوم وَجَبَ كما جزم به بعضهم فيجب لها قميص وسراويل وخمار ومكعب هذه في كلٍّ من فصلي الشتاء والصيف ويزيد في الشتاء على ذلك في المحل البارد جبة أو نحوها وجنسها قطن فإن جرت عادة البلد لمثله بكتان أو حرير وجب في الأصح عملاً بالعادة المحكمة (التحفة ج٨/٣١٠-٣١١ باختصار).

والفرش والغطاء والوسادة على حسب ما يليق بيساره وإعساره ويجب تسليم النفقة إليها من أول النهار وتسليم الكسوة من أول الفصل

الشرح

(**والفرش**) لنوم غير فراش النهار فيجب مضربة لينة أو قطيفة وهي دثار مخمل وقول البيان هذا في امرأة الموسر أما زوجة غيره فيكفيها فراش النهار ضعيف (التحفة ج٨/٣١١)، (**والغطاء**) إن اعتيد فإذا لم يعتادوا لنومهم غطاء لم يجب، (**والوسادة**) لقضاء العرف بذلك وكان لسيد المرسلين وسادة من أدم حشوها ليف (النجم ج٨/٢٤٢)، (**على حسب ما يليق بيساره وإعساره**) فلامرأة المؤسر يعتبر من المرتفع والمعسر من النازل والمتوسط ما بينهما ولا يجب ذلك كل سنة وإنما يجدد وقت تجديد عادة (المغني ج٣/٥٤٨).

(**ويجب تسليم النفقة إليها من أول النهار**) لأنها تجب بطلوع الفجر فيلزمه الأداء عقب طلوعه إن قدر بلا مشقة لكنه لا يخاصم فإن شق عليه فله التأخير كالعادة هذا كله إن كانت ممكنة قبل الفجر، أما الممكنة بعده فيعتبر الحال عقب تمكينها.

(**وتسليم الكسوة من أول الفصل**) أيْ أول فصل الشتاء وأول فصل الصيف لقضاء العرف بذلك، هذا إن وافق النكاح أول الفصل وإلا وجب إعطاؤها في أول كل ستة أشهر من حين الوجوب (المغني ج٣/٥٥٤)، هذا في كسوة البدن أمّا ما يبقى سنة كالفرش والبسط، فتجدد في وقتها وكذلك كل ما جرت العادة بتجديده، والمعتبر في الأولية العادة. والظاهر أنَّ هذا التقدير في غالب البلاد التي تبقى الكسوة هذه المدة فلو كانوا في بلاد لا تبقى فيها هذه المدة لفرط الحرارة أو لرداءة ثيابها وقلة بقائها اتبعت عادتهم (النجم ج٨/٢٥٠ - ٢٥١).

فإن أعطاها كسوة مدة فبليت قبلها لم يلزمه إبدالها وإن بقيت بعد المدة لزمه التجديد ولها أن تتصرف في كسوتها بالبيع وغيره ويجب لها سكنى مثلها وإن كانت تخدم في بيت أبيها لزمه ....

الشرح

(**فإن أعطاها كسوة مدة فبليت قبلها**) بلا تقصير من الزوج (**لم يلزمه إبدالها**) على القول بأنها تمليك كما إذا سلمها النفقة فتلفت في يدها وفي وجه ضعيف يلزمه البدل لأن المقصود الكفاية (النجم ج٨/٢٥١).

(**وإن بقيت بعد المدة لزمه التجديد**) كما لو بقي قوت يومها إلى غد فإنها تستحق قوته (شرح التنبيه مع تغيير في العبارة ج٢/٧٤٥)، (**ولها أن تتصرف في كسوتها بالبيع وغيره**) كهبة وإجارة لأنها تملكها كالمهر وقيل لا يجوز لأنَّ له غرضاً في جمالها وعليه ضرر بعدمها (شرح التنبيه ج٢/٧٤٥).

(**ويجب لها سكنى مثلها**) عادة لأن المعتدة تستحق ذلك، بقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ﴾ فالزوجة أولى، والمعتبر كونه لائقاً بحالها فقط لأنها لا تملك الانتقال منه فروعي فيه جانبها والنفقة والكسوة تملك إبدالها فروعي فيهما جانب الزوج وأيضاً فهي تتعير بالمنزل دونهما (النجم ج٨/٢٤٥).

ولا يشترط في المسكن أن يكون ملكاً للزوج بل يجوز إسكانها في موقوف ومستأجر ومستعار قال ابن الصلاح: ولو سكنت هي والزوج في منزلها مدة سقط فيها حق السكنى ولا مطالبة لها بأجرة سكنه معها إن كانت أذنت له في ذلك لأن الإذن المطلق العري عن ذكر عوض ينزل على الإعارة والإباحة اهـ (المغني ج٣/٥٥٠ ـ ٥٥١).

(**وإن كانت تخدم في بيت أبيها**) أي بأن كان مثلها يخدم كما قاله شيخ الإسلام في شرح المنهج (٤/٤٩٤)، (**لزمه**) وإن كان معسراً (شرح المنهج

الشرح

ج٤/٤٩٤)، (إخدامها) لأنه من المعاشرة بالمعروف المأمور بها في قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾؛ وكيفية إخدامها إما بحرة أو أمة أو مستأجرة أو بالإنفاق على من صحبتها من حرة أو أمة لخدمة لحصول المقصود بكل ذلك إلا أنه لا يشترط كون الخادم امرأة أو صبياً أو محرماً (النجم ج٨/٢٤٦). ولو أراد الزوج إخدامها بنفسه ليسقط عنه مؤنة الخادم لم يلزمها الرضا به ولو فيما لا تستحي منه كغسل ثوب واستقاء ماء وطبخ لأنها تستحي منه وتعير به، ولو أنها قالت أخدم نفسي وآخذ أجرة الخادم أي ما يأخذ من نفقة لم يلزمه الرضا بها لأنها أسقطت حقها وله أن لا يَرضى به لابتذالها بذلك (المغني ج٣/٥٥١).

[تَنْبِيهٌ]: قال العلامة الكمال الدميري رحمه الله (٨/٢٤٥) في وجوب خدمة المرأة (والاعتبار في ذلك بحال المرأة في بيت أبيها فلو ارتفعت بالانتقال إلى الزوج بحيث صار يليق بحالها الإخدام لم يجب على الصحيح) اهـ ومثله في التحفة والمغني.

(وتلزمه نفقة الخادم) وفطرته (إذا كان ملكها) فإن كان موسراً لزمه للخادم مد وثلث من قوت البلد لأن نفقة المخدومة مدان فلا يمكن أن تساويها، وإن كان معسراً أو متوسطاً لزمه للخادم مد لأن البدن لا يقوم غالباً إلا به ويجب عليه أدمه من دون جنس أدم المرأة على المنصوص للعرف في ذلك، وقيل يلزمه من جنس أدمها كما يلزمه من جنس طعامها، ولا يجب للخادم الدهن والسدر لأنَّ ذلك يراد للزينة والخادم لا يتزين له، نعم؛ لو كثر وسخها وتأذت بالقمل فعليه أنْ يعطيها ما يبرئه هكذا استدركه القفال واستحسنوه، ويجب لخادم امرأة الموسر من الكسوة قميص ومقنعة لأن ذلك أقل ما يحصل به الستر وخف إذا كانت تخرج للطريق لقضاء الحوائج ولا يجب لها سراويل لأنَّ المقصود منه

وإنما تلزمه النفقة إذا سلمت المرأة نفسها إليه أو عرضت نفسها عليه أو عرضها وليها إن كانت صغيرة سواء كان الزوج كبيراً أو صغيراً لا يتأتى منه الوطء ....

الشرح

الزينة، وكمال الستر والخادم لا يحتاج إلى ذلك ويجب له كساء غليظ يتغطى به أو قطيفة ووسادة ينام عليها ولخادم امرأة المعسر عباءة أو فروة (شرح التنبيه ج٢/٧٤٦).

(**وإنما تلزمه النفقة إذا سلمت المرأة نفسها إليه**) في الموضع الذي عينه (**أو عرضت نفسها عليه**) وهي بالغة عاقلة مع حضوره في بلدها كأن بعثت إليه تخبره أني مسلمة نفسي إليك فاختر أن آتيك حيث شئت أو تأتي إليَّ فإن غاب عن بلدها قبل عرضها عليه ورفعت الأمر إلى الحاكم مظهرة له التسليم كتب الحاكم المرفوع إليه الأمر لحاكم بلد الزوج ليعلمه بالحال فيجيء الزوج إليها يتسلمها أوْ يوكل من يجيء يتسلمها له أو يحملها إليه، فإن لم يفعل شيئاً من الأمرين مع إمكان المجيء أو التوكيل ومضى زمن إمكان وصوله إليها فرضها القاضي في ماله من حين إمكان وصوله وجعل كالمتسلم لها لأن المانع منه، أما إذا لم يمكنه ذلك فلا يفرض عليه شيئاً لأنَّه غير معرض قاله العمراني والجرجاني وغيرهما كذا نقله الأذرعي ومن تبعه وقيدوا به كلام الكتاب (المغني ج٣/٥٥٥).

(**أو عرضها وليها إن كانت صغيرة**) أو مجنونة لأنه المخاطب بذلك ولا اعتبار بعرضهما لكن لو كانت الصغيرة مراهقة وعرضت نفسها على زوجها فتسلمها ولو بغير إذن وليها وجبت نفقتها (المغني ج٣/٥٥٦).

(**سواء كان الزوج كبيراً أو صغيراً لا يتأتى منه الوطء**) وسلمت نفسها أو

إلا أن تسلم وهي صغيرة لا يمكن وطؤها فلا نفقة لها وشرط ذلك أيضاً أن تمكنه التمكين التام بحيث لا تمتنع منه في ليل أو نهار فلو نشزت ولو في ساعة أو سافرت بغير إذنه أو بإذنه لحاجتها أو أحرمت

الشرح

عرضتها على وليه إذ لا مانع من جهتها فأشبَهَ ما لو سلمت نفسها إلى كبير فهرب (المغني ج٣/٥٥٨). (**إلا أن تسلم وهي صغيرة لا يمكن وطؤها**) أيْ لا توطأ مثلها (**فلا نفقة لها**) في الأظهر لتعذر الاستمتاع بها والثاني تجب كالرتقاء والقرناء والمريضة (المغني ج٣/٥٥٨).

(**وشرط ذلك**) أيْ وجوب النفقة على الزوج (**أيضاً أن تمكنه التمكين التام بحيث لا تمتنع منه في ليل أو نهار**) فلو قالت أسلم نفسي ليلاً لا نهاراً أو عكسه، أو في البلد الفلاني دون غيره لم تجب لها نفقة بذلك لأنَّها لا تعد مسلمة حينئذ (النجم ج٨/٢٥٢ مع زيادة).

(**فلو نشزت ولو في ساعة**) كأَنْ منعته من الاستمتاع بها من غير عذر فلا نفقة لها وإن قَدَرَ الزوج على ردها للطاعة قهراً (النجم ج٨/٢٥٤ مع زيادة).

(**أو سافرت**) وحدها (**بغير إذنه**) فلا نفقة لها كذلك (**أو**) سافرت وحدها (**بإذنه لحاجتها**) فلا نفقة لها في الأظهر لأنَّها استبدلت عن تمكينها شغلاً لها، وقيل يسقط قطعاً، وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد ومقابل الأظهر تجب لها لأنَّها سافرت بإذنه فأشبَهَ سفرها في حاجته وبه قال مالك (النجم ج٨/٢٥٦).

(**أو أحرمت**) بحج أو عمرة بلا إذن من زوجها فتسقط نفقتها إن لم يملك تحليلها لأنها منعته نفسها بذلك فتكون ناشزة من وقت الإحرام سواء كان الزوج حلالاً أو محرماً، كما صرح به الماوردي وغيره (النجم ج٨/٢٥٨).

والمعتمد أن نفقتها لا تسقط إذا أحرمت بنفل أو فرض لأنها في قبضته

أو صامت تطوعاً بغير إذنه أو كانت أمة فسلمها السيد ليلا فقط فلا نفقة لها وأما المعتدة فيجب لها السكنى في مدة العدة سواء كانت العدة عدة وفاة أو رجعية أو بائن وأما النفقة فلا تجب في عدة الوفاة

الشرح

وهو قادر على التحلل والاستمتاع فإذا لم يفعل فهو المفوت على نفسه (النجم مع زيادة ج٨/٢٥٨).

نعم إذا أحرمت ثم سافرت بغير إذنه سقطت نفقتها حينئذ لأنها مسافرة لحاجتها فتعتبر ناشزة (النجم ج٨/٢٥٨ وشرح المنهج ج٤/٥٠٢).

(**أو صامت تطوعاً بغير إذنه**) وأقرها فلا تسقط وإن منعها صوم نفل فإن أبت فناشزة في الأظهر لامتناعها من التمكين الواجب عليها وصومها في هذا الحالة حرام، كما صرح به في صوم التطوع من (الروضة) و(شرح مسلم) وبه جزم ابن حبان (النجم ج٨/٢٥٩مع زيادة) لما روى هو وأبو داود والترمذي عن أبي هريرة: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «لا تصومَنَّ امرأة سوى شهر رمضان وزوجها شاهد إلا بإذنه»، وفي صحيح مسلم: «لا تصومَنَّ يوماً المرأة وزوجها شاهد إلا بإذنه». (**أو كانت**) الزوجة (**أمة فسلمها السيد**) لزوجها (**ليلا فقط فلا نفقة لها**) كالحرة إذا سلمت نفسها بالليل دون النهار وقيل يلزمه نصف النفقة اعتباراً بما تسلمه (شرح التنبيه ج٢/٧٤٧).

(**وأما المعتدة فيجب لها السكنى في مدة العدة سواء كانت العدة عدة وفاة أو رجعية أو بائن**) فكل معتدة تجب لها السكنى إلا ناشزة أو صغيرة أو أمة لم يسلمها سيدها لزوجها ليلاً ونهاراً.

(**وأما النفقة فلا تجب في عدة الوفاة**) وإن كانت حاملاً بالإجماع لخبر الدار قطني بإسناد صحيح: «ليس للحامل المتوفى عنها زوجها نفقة» أما السكنى

وتجب للرجعية مطلقاً وللبائن إن كانت حاملاً يدفع إليها يوماً بيوم، وإن لم تكن البائن حاملاً فلا نفقة لها، ....

الشرح

فتجب لها على الأظهر كما تقدم، والثاني لا تجب كالنفقة واختاره المزني وصححه الغزالي في الخلاصة (شرح التنبيه ج٢/٧٤٩ ـ ٧٥٠).

(**وتجب للرجعية مطلقاً**) حائلاً أو حاملاً حرةً أو أمة سائر المؤن من النفقة والكسوة وسائر حقوق الزوجية لبقاء حبس النكاح وسلطنته وحكى الماوردي فيه الإجماع، ولا تسقط نفقتها إلا بما تسقط به نفقة الزوجة وتستمر إلى انقضاء العدة بوضع الحمل وغيره إلا مؤنة تنظيف فلا تجب لها لانتفاء المعنى الذي وجبت لأجله وهذا الاستثناء ذكره الإمام وتبعه الشيخان، ولم يتعرض له الجمهور (النجم ج٨/٢٦١). (**و**) تجب النفقة (**للبائن**) أيْ لها بسبب الحمل على الصحيح لأنَّها مقدرة ولا تسقط بمضي الزمان ولو كانت للحمل لم يكن كذلك (النجم ج٨/٢٦٣)، (**إن كانت حاملاً**) لقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾، والمعنى فيه أنها مشغولة بمائه فهو مستمتع برحمها، فصار كالاستمتاع في حال الزوجية إذ النسل مقصود بالنكاح كما أنَّ الوطء مقصود به، قاله القاضي حسين (النجم ج٨/٢٦٣).

(**يدفع إليها يوماً بيوم**) لقوله تعالى: ﴿فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ ولأنها لو أخرت إلى الوضع لتضررت وقيل حتى تضع لأن الأصل البراءة حتى يتيقن السبب والخلاف مبني على أن الحمل يعلم أم لا والأصح نعم، وهو في الشرح والروضة قولان وهو الصواب فإنهما منصوصان في المختصر وهما في المحرر وجهان (النجم ج٨/٢٦٥).

(**وإن لم تكن البائن حاملاً فلا نفقة لها**) قطعاً للخبر المتفق عليه بذلك

والكسوة كالنفقة وإن اختلف الزوجان في قبض النفقة فالقول قولها، وإن اختلفا في التمكين فالقول قوله إلا أن يعترف بأنها مكنت أولاً ثم يدّعي النشوز فالقول قولها ومتى ترك الإنفاق عليها مدة صارت النفقة عليه ديناً وإذا أعسر بنفقة المعسرين أو بالكسوة أو بالسكنى ثبت لها فسخ النكاح..

الشرح

ولانتفاء سلطنته عليها وإنما وجبت لها السكنى لأنها لتحصين الماء الذي لا يفترق بوجود الزوجية وعدمها (التحفة ج٨/٣٣٤) (والكسوة) للمعتدة (كالنفقة) فمن وجبت نفقتها وجبت كسوتها ومن لا فلا.

(وإن اختلف الزوجان في قبض النفقة فالقول قولها) لأنَّ الأصل عدم القبض (وإن اختلفا في التمكين) وعدمه بأن ادعته هي وأنكره هو ولا بينة (فالقول قوله) بيمينه لأن الأصل عدمه فلو نكل عن اليمين حلفت هي اليمين المردودة واستحقت النفقة لأن اليمين المردودة كالإقرار أو كالبينة.

(إلا أن يعترف بأنها مكنت أولاً ثم يدّعي النشوز فالقول قولها) لأن الأَصلَ عدم النشوز

(ومتى ترك الإنفاق عليها مدة صارت النفقة عليه ديناً) كالمهر والأجرة لأن النفقة بالنسبة إليها معاوضة في مقابلة التمكين للتمتع وبالنسبة إلى غيرها كنفقة الأقارب مواساة.

(وإذا أعسر) الزوج (بنفقة المعسرين أو بالكسوة أو بالسكنى ثبت لها) أي الزوجة (فسخ النكاح) في الأظهر وبه قال مالك وأحمد لقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾، خيره بين الأمرين، فإذا عجزَ عن الأول تعين الثاني، وقال تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾، وزوجة المعسر

مستضرة فلم يكن له إمساكها.

وفي سنن الدار قطني وخلافيات البيهقي، عن أبي هريرة: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته: «يفرق بينهما»، وقال سعيد بن المسيب إنه من السنة، قال الشافعي: ويشبه أن يكون أراد سنة رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. وممن قال بأن لها الفسخ بالإعسار عمر وعلي وأبو هريرة، قال الشافعي في (القديم): ولا أعلم أحداً من الصحابة خالفهم ولأن العجز عن الوطء بالجب أو العنة يثبت حق الفسخ فالعجز عن النفقة أولى، وهو رأي أبي حنيفة والمزني في (المنثور) وأفتى به جد الروياني لعموم قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾، وقياساً على الإعسار بالصداق بعد الدخول (النجم ج٨/٢٦٧ مع تصرفٍ).

(فإن شاءت) فسخت لما تقدم، وإن شاءت **(صبرت وبقي ذلك لها في ذمته ديناً)** والذي نص عليه الشافعي أن الزوج إذا عجز عن القيام بمؤن زوجته كانت زوجته بالخيار إن شاءت صبرت وأنفقت من مالها أو اقترضت وأنفقت على نفسها ونفقتها في ذمته إلى أن يوسر لا تسقط بمضي الزمان كسائر الديون المستقرة (النجم ج٨/٢٦٦)، ومحل بقاء ذلك في ذمته ديناً إذا لم تمنع نفسها منه **فإن** منعت لم تصر ديناً عليه (انظر النجم ج٨/٢٦٦).

[تَنْبِيهٌ]: إنما جاز لها الفسخ بالكسوة لأن البدن لا يقوم بدونها كالنفقة من حيث أنها تقي من الحر والبرد وإنما جاز لها الفسخ بالسكنى لتضررها بعدمها اهـ (ملخصاً من شرح التنبيه ج٢/٧٥٠ ـ ٧٥١).

(وإن أعسر) الزوج **(بالأدم)** فلا فسخ لأنه تابع والنفس تقوم بدونه وهذا هو الصحيح في (الشرح الصغير) وفي (التنبيه) وأقره عليه الإمام النووي في

أو بنفقة الخادم أو بنفقة الموسرين أو المتوسطين فلا فسخ لها وإن كان الزوج عبداً فالنفقة في كسبه وإلا ففيما في يده إن كان مأذوناً له في التجارة وإلا فإن شاءت فسخت وإن شاءت صبرت إلى أن يعتق فتأخذ منه.

الشرح

(التصحيح) وهو رأي الأكثرين، وقيل تفسخ لأنه يعسر الصبر على الخبز البحت. وتوسط الماوردي فقال: إن كان القوت مما ينساغ دائما للفقراء بلا أدم فلا خيار وإلا فسخت اهـ (النجم ج٨/٢٧٢ مع تقديم وتأخير).

(أو) أعسر (**بنفقة الخادم**) فلا فسخ بها على الصحيح لأنَّ الخدمة مستحقة للدعة والترفه، ويقوم البدن بدونها فأشبهت المد الثاني (النجم ج٨/٢٧٢)، (أو) أعسر (**بنفقة الموسرين أو المتوسطين فلا فسخ لها**) لأنها لا تضرر بذلك ولا يصير الباقي ديناً فلو كان يجد يوماً مداً ويوماً لا يجد شيئاً فلها الخيار على الصحيح (النجم ج٨/٢٧٠).

(**وإن كان الزوج عبداً فالنفقة في كسبه**) الحاصل بعد النكاح إن كان مكتسباً (**وإلا**) إذا لم يكن مكتسباً (**ففيما في يده**) من ربح وكذا رأس مال في الأصح لأنه دين لزمه بعقد مأذون فيه فكان كدين التجارة، (**إن كان مأذوناً له في التجارة وإلا**) بأن لم يكن مأذونا له في التجارة ولا مكتسباً ففي ذمته لأنَّه دين لزمه برضا مستحقه فتعلق بذمته كبدل القرض (النجم ج٧/٢٧٨)، وعلى هذا القول فرع المصنف رحمه الله فقال (**فإن شاءت فسخت**) لتضررها كزوجه الحر (**وإن شاءت صبرت إلى أن يعتق فتأخذ منه**) ما وجب لها عليه، وفي قول تجب النفقة على السيد لأن الإذن في النكاح لمن هذا حاله التزام للمؤنات (النجم ج٧/٢٧٨).

فصل في مؤن القريب والرقيق والبهائم

يجب على الشخص ذكراً كان أو أنثى إذا فضل عن نفقته ونفقة زوجته أن ينفق على الآباء والأمهات وإن علوا من أي جهة كانوا وعلى الأولاد وأولادهم وإن سفلوا ذكوراً كانوا أو إناثاً.........................

الشرح

(فصل في مؤن القريب والرقيق والبهائم)

(**يجب على الشخص**) الموسر (**ذكراً كان أو أنثى إذا فضل عن نفقته**) في يومه وليلته لأنَّ من لا يفضل عنه شيء بعد ذلك محتاج إلى المواساة فلا يواسي غيره (النجم ج٨/٢٨٠)، (**ونفقة زوجته**) في يومه وليلته لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «ابدأ بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شيء فلأهلك فإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك» رواه مسلم وعلم من كلام المصنف أنه لا يشترط أن يكون فاضلاً عن الدين فقد صَرَّح الأصحابُ في باب (الفلس) بوجوب نفقة القريب مع الديون (النجم ج٨/٢٨٠). (**أن ينفق على الآباء والأمهات وإن علوا من أي جهة كانوا**) من جهة الأب أو من جهة الأم لا فرق بين الوارث وغيره لقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾، ومن المعروف القيام بكفايتهما، ولقوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ حُسْنًا﴾، وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وولده من كسبه فكلوا من أموالهم» حسنه الترمذي وصححه الحاكم. (**و**) تجب النفقة (**على الأولاد وأولادهم وإن سفلوا ذكوراً أو إناثاً**) سواء كان المنفق ذكراً أو أنثى لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَوْلَٰدَكُم مِّنْ إِمْلَٰقٍ﴾ وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾، فلما لزمت أجرة الرضاع كانت النفقة ألزم وعند الإمام مالك: لا نفقة على الأم بحال وهو وجه شاذ عندنا، وكما تجب نفقة الأولاد تجب نفقة الأحفاد وعند مالك لا نفقة على الجد بحال وكما

بشرط الفقر والعجز إما بزمانة أو طفولة أو جنون، وتجب نفقة زوجة الأب ....

الشرح

تجب نفقة الوالدين تجب نفقة الأحفاد والجدات خلافاً لمالك (النجم باختصار ج٨/٢٧٨ ـ ٢٧٩). (**بشرط الفقر**) فلو كان الأصل أو الفرع غنياً فلا تجب نفقته. (**والعجز**) وهذا قيد في وجوب نفقة الفروع لا الأصول لأن الأصول إذا لم يكن لهم مال ولكن يقدرون على الكسب وجبت نفقتهم، لقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ وليس من المعروف أن يكلفوا ما لم تجر عادتهم به مع كبر السن وهذا ما صححه الشيخان، وقيل لا تجب إذا كانوا قادرين على الكسب بخلاف الفروع إذا كانوا قادرين على الكسب فلا تجب نفقتهم سواء كانوا ذكوراً أو إناثاً، وقال أبو حنيفة ومالك: لا تجب للابن وتجب للبنت إلى أن تتزوج لعجزها عن الكسب ثم لا يعود استحقاق النفقة بالطلاق عند أبي حنيفة، وعند مالك إن كان الطلاق قبل الدخول عاد الاستحقاق وإلا فلا وقدرة الأم والبنت على النكاح لا تسقط نفقتها فإذا تزوجت سقطت بالعقد وإن كان الزوج معسراً إلى أن يفسخ الحاكم النكاح لئلا يجمع بين نفقتين فلو نشزت وهي في عصمة الزوج لم تستحق النفقة على القريب لقدرتها على النفقة بطاعة الزوج (النجم ج٨/٢٨٢ - ٢٨٣).

ثم صور المصنف رحمه الله تعالى العجز بقوله (**إما بزمانة**) وهي مصدر زمن الرجل زمانة إذا حصل له آفة تمنعه من الكسب، (**أو طفولة أو جنون**) وفي معنى الزمانة والطفولة والجنون العاجز بالمرض والمغمى عليه، فإذا بلغ الصغير حداً يمكن أن يتعلم حرفة أو يحمل على الاكتساب فللولي أن يحمله عليه وينفق عليه من كسبه فإن هرب من الحرفة أو ترك الاكتساب في بعض الأيام فعلى الأب الإنفاق عليه، (**وتجب نفقة زوجة الأب**) من نفقة وكسوة فقط، وقال

فإن كان له آباء وأولاد ولم يقدر على نفقة الكل قدم الأم ثم الابن الصغير ثم الكبير وهذه النفقة مقدّرة بالكفاية ....

الشرح

البغوي لا يلزمه الأدم ولا نفقة الخادم لأن فقدهما لا يثبت الخيار. قال الرافعي وقياس قولنا: أنَّه يتحمل ما لزم الأب لزومهما لأنهما يلزمان الأب مع إعساره وتلزمه مؤنة مستولدة أبيه غير أنه لا يلزم إلا بمؤنة واحدة فلو كان للأب زوجتان أنفق على واحدة فقط وقيل لا يلزمه شيء لأن المستحقة لم تتعين حكاه الرافعي وعلى الصحيح تقسم النفقة بينهما (النجم ج٧/٢٦٧ ـ ٢٦٨ بتصرف)، **(فإن كان له آباء وأولاد ولم يقدر على نفقة الكل قدم)** نفسه ثم بعد نفسه زوجته لأنها آكد إذ نفقتها لا تسقط بمضي الزمان هذا الذي أطبق عليه الأصحاب ثم بعد الزوجة يقدم **(الأم ثم الابن الصغير ثم الكبير)** سها المصنف رحمه الله تعالى فقدم الأم على الابن الصغير وتبعه في سهوه الشارح الشيخ العلامة محمد الزهري الغمراوي فقدم الأب أيضاً على الابن الصغير والمعتمد أن الابن الصغير يقدم على الأم كما ذكره شيخ الإسلام في شرح المنهج (٤/٥١٥) ونص عبارته.

[تتمة]: لو كان له أب وأم وابن قدم الابن الصغير ثم الأم ثم الأب ثم الولد الكبير.

(وهذه النفقة) أي نفقة الأقارب **(مقدّرة بالكفاية)** لخبر خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف فيجب أن يعطيه كسوة وسكنى تليق بحاله وقوتاً وادما يليق بسنِّهِ كمؤنة الرضاع حولين ورغبته وزهادته بحيث يتمكن معه من التردد كالعادة ويدفع عنه ألم الجوع لإتمام الشبع أي المبالغة فيه وأما إشباعه فواجب كما في الإبانة وغيرها وأن يخدمه ويداويه إن احتاج وأن يبدل ما تلف بيده وكذا إن أتلفه لكن الرشيد يضمنه إذا أيسر ولا نظر لمشقة تكرار الإبدال بتكرار الإتلاف

ولا تستقر في الذمة وإن احتاج الوالد المعسر إلى النكاح لزم الولد الموسر إعفافه...

الشرح

لتقصيره بالدفع له إذ يمكنه أنْ ينفعه من غير تسليم. وما يضطر لتسليمه كالكسوة يمكنه أن يوكل به من يراقبه ويمنعه من إتلافها (التحفة ج٨/٣٤٨)، (ولا تستقر) نفقة القريب (في الذمة) بل تسقط بمضي الزمن لأنها مواساة فإن اندفعت الحاجة من جهة غيره حصل المقصود، قال الإمام ولهذا لا يجب عليه تسليم النفقة له فلو قال كُلْ معي كفى ولو سلمها له لم يجز أن يملكها لغيره (شرح التنبيه ج٢/٧٥٣ مع زيادة).

[تَنْبِيْهٌ]: قال العلامة ابن حجر في فتح الجواد (٢/٢٣٤) (ويستقر واجب القريب من نحو نفقة وكسوة فيصير ديناً في ذمة قريبه يطالب به حتى عما مضى بفرضه أي القاضي بالفاء قاله الشيخان وأطال المتأخرون في رده بما رددته عليهم في الأصل فتأمله فإنه مهم وكذا بإذنه في الاستقراض لغيبة أو امتناع ولا يستقر بدون هذين بل يسقط بمضي الزمان إلا نفقة خادم القريب حيث وجبت لأنها في مقابلة الخدمة) اهـ.

(وإن احتاج الوالد المعسر) الحر الذي ظهرت حاجته (إلى النكاح لزم الولد) ذكراً كان أو أنثى (الموسر إعفافه) لقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ وفي ترك الإعفاف تعريض للزنا وذلك غير لائق بحرمة الأبوة، ولأنه مِنْ حاجاته المهمة فوجَبَ على الولد القيام به كالنفقة والكسوة. ولو كان الأب كافراً وجب إعفافه ولا يجب إعفاف الأم قال الإمام: بل لا يتصور إذ لا مؤنة عليها في النكاح. ومن اجتمع له أصلان وقدر على إعفافهما وجب أو على إعفاف أحدهما فقط قدم العصبة وإن بعد كأبِ أب أب على أب أم، فإن استويا كأب أم الأب وأب أب أم أقرع وقيل يقدم القاضي باجتهاده، ومن له فرعان

لزم الأقرب فإن استويا فالوارث كابن الابن مع ابن البنت، فإن استويا وزع عليهما وفي البحر والحاوي يجب على البنين فإن تعذر فعلى البنات (النجم ج٨/٢٦٦)، ويحصل إعفافه **(بالتزويج)** أي أن ينكح له بإذنه أو يعطيه مهر حرة أو يقول انكح وأعطيك المهر **(أو التسري)** وهو أن يملكه أمة ولا يلزمه تسليم الصداق إليه بل يقول أنا أسوقه إلى الزوجة ولا فرق بين أن تكون الحرة المنكوحة مسلمة أو كتابية (النجم ج٨/٢٦٦ ـ ٢٦٧) والتعيين بين الخصال المتقدمة من تزويجه وإعطائه المهر أو تمليكه أمة ونحوها بغير اتفاق على مهر أو ثمن للفرع لا للأصل لكن لا يعين مَنْ لا تعفه كقبيحة، وليس للأصل تعيين نكاح أو تَسَرٍّ دون الآخر ولا رفيعة بجمال أو شرف أو نحوه لأنَّ الغرض دفع الحاجة وهي تندفع بغير ذلك فإن اتفقا على مهر أو ثمن فالتعيين للأصل لأنه أعرف بغرضه في قضاء شهوته ولا ضرر فيه على الفرع (شرح المنهج ج٤/٢٢٦ ـ ٢٢٧ مع زيادة).

[تَنْبِيْهٌ]: تعرف حاجة الأصل للنكاح بقوله بلا يمين لأن تحليفه في هذا المقام لا يليق بحرمته لكن لا يحل له طلب الإعفاف إلا إذا صدقت شهوته بأن يضر به التعزب ويشق عليه الصبر، قال الأذرعي وغيره فلو كان حاله يكذبه كذي فالج شديد أو استرخاء ففيه نظر ويشبه أن لا تجب إجابته أو يقال يحلف هنا لمخالفة حاله دعواه (شرح المنهج ج٤/٢٢٦).

(ومن ملك رقيقا أو دواب لزمه النفقة) والمراد بنفقة الرقيق مؤنته من قوت وأدم وكسوة وماء طهارة وغيرها، ولو كان أعمى زمناً أو أمَّ ولد أو آبقاً لخبر مسلم: «للملوك طعامه وكسوته ولا يكلف من العمل ما لا يطيق» ويقاس بما فيه غيره. وتكون نفقة العبد من غالب عادة أرقاء البلد من بر وشعير وزيت

الشرح

وقطن وكتان وصوف وغيرها لخبر الشافعي (للمملوك نفقته وكسوته بالمعروف)، قال والمعروف عندنا المعروف لمثله ببلده ويراعى حال السيد في يساره وإعساره فيجب ما يليق بحاله من رفيع الجنس الغالب وخسيسه (شرح المنهج ج٤/٥٢٣ ـ ٥٢٤) ونفقة الحيوان كفايته بأن يعلفه ويسقيه ما يصل به لأول الشبع والري دونَ غايتهما.

(والكسوة) ولا يكفي ستر العورة ببلادنا وإن لم يتأذ بحر أو برد لأن ذلك يعد تحقيراً بخلاف بلاد السودان فيكفي فيها ستر العورة كما في المطلب حيث اعتادوا ذلك فإن اعتادوا عدم الستر مطلقاً وجب ساتر العورة (شرح المنهج مع الجمل بالمعنى ج٤/٥٢٤)

[تَنْبِيْهٌ]: سن للسيد أن يناوله مما يتنعم به من طعام وأدم وكسوة سيما إذا عالج الطعام وولي طبخه (النجم ج٨/٣١٣)، لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «إذا صنع لأحدكم خادمه طعاماً ثم جاءه به وقد ولي حره ودخانه فإن لم يقعده معه فليناوله لقمة أو لقمتين أو أكلة أو أكلتين» رواه الشيخان. والأولى للسيد أن يجلس العبد معه للأكل فإن لم يفعل روغ له لقمة تسد مسداً لا صغيرة تثير الشهوة ولا تقضي النهمة ولو كان السيد يأكل ويلبس دون اللائق به المعتاد غالباً بخلاً أو رياضة فليس له الاقتصار في رقيقه على ذلك بل يلزمه رعاية الغالب ولو تنعم بما فوق اللائق به ندب له أن يدفع إليه مثله ولا يلزمه بل له الاقتصار على الغالب كما علم وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إنما هم إخوانكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه من طعامه ويلبسه من لباسه» قال الرافعي حمله الشافعي على الندب أو على الخطاب لقوم مطاعمهم وملابسهم متقاربة أو على أنَّه جواب سائل علم حاله فأجابه بما اقتضاه الحال (شرح المنهج ج٤/٥٢٥).

فإن امتنع الزمه الحاكم فإن لم يكن له مال أكرى عليه إن أمكن وإلا بيع عليه.

الشرح

(**فإن امتنع**) من الإنفاق على الرقيق والدواب (**الزمه الحاكم**) به أي الإنفاق عليهما (**فإن لم يكن له مال أكرى عليه إن أمكن وإلا**) إذا لم يمكن الإكراء (**بيع عليه**) بعضه بقدر الحاجة فإن تعذرَ بيع بعضه بيع كله، فإن تعذر انفق عليه من بيت المال (شرح التنبيه ج٢/٧٥٥).

[خَاتِمَةٌ]

إذا امتنع المالك من الإنفاق على الحيوان كما ذكر وله مال أمره الحاكم في الحيوان المأكول بأحد ثلاثة أمور بيعه أو نحوه مما يزيل الملك أو علفه وسقيه بقدر الكفاية أو ذبحه، وفي غير المأكول بأحد الأولين ويحرم ذبحه ولو لإراحته من الحياة لطول الزمن أو نحوه للنهي عن ذبح الحيوان إلا لأكله فإن لم يفعل ما أمره الحاكم به ناب عنه في ذلك على ما يراه وأما إذا لم يكن له مال فقد تقدم تفصيله اهـ (البيجوري ج٢/١٩٣ بتصرف).

** ** **

فصل في الحضانة

أحق الناس بحضانة الطفل الأم ثم أمهاتها المدليات بإناث تقدم القربى فالقربى ثم الأب ....

الشرح

(فصل في الحضانة)

وهي لغة: الضم، وشرعاً: حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه.

والأصل فيها قوله تعالى: ﴿وَقُل رَّبِّ ٱرۡحَمۡهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرٗا﴾.

(أحق الناس بحضانة الطفل) ومثله المجنون الكبير ومن به خبل **(الأم)** لوفور شفقتها، روى الحاكم وأبو داود عن ابن عمر: أنَّ امرأة قالت يا رسول الله، إنَّ ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «أنتِ أحق به ما لم تنكحي».

فإن امتنعت الأم لم تجبر على استيفائه فإذا وجبت عليها بأن لم يكن أب وإن علا ولا مال له فتجبر كما يجبر من امتنع من الحق. نعم يستثنى ما لو كان للمحضون زوجة كبيرة وكان له بها استمتاع أو لها به استمتاع فإنها أولى بكفايته من جميع الأقارب وإن لم يكن استمتاع فالأقارب أولى (النجم ج٨/٢٩٢ - ٢٩٣).

(ثم أمهاتها المدليات بإناث) لمشاركتهن الأم إرثاً وولادة **(تقدم القربى فالقربى)** لوفور الشفقة، نعم لو كان للمحضون بنت قدمت في الحضانة عند عدم الأبوين على الجدات (شرح المنهج ج٤/٥١٧).

(ثم الأب) للمحضون يقدم على أمهاته على الصحيح لأنَّه أصلهنَّ وقيل يقدمن عليه لولادتهن وزيادة صلاحيتهن للحضانة وهذا بعيد ومحال ان يدلي

ثم أمهاته كذلك ثم أبوه ثم أمهاته كذلك ثم الأخت الشقيقة ثم الأخ الشقيق ثم للأب ثم للأم ثم الخالة ثم بنات الإخوة للأبوين ثم بنوهم ثم للأب ثم بنوهم ثم للأم ثم العمة ثم العم ثم بنات الخالة ثم بنات العم ثم ابن العم..

الشرح

شخص بشخص ويقدم عليه (النجم ج٨/٢٩٨).

(**ثم أمهاته كذلك**) أي تقدم منهن القربى فالقربى (**ثم**) بعد أمهات الأب (**أبوه**) أي أبو الأب (**ثم أمهاته كذلك**) أي أمهاته الوارثات بخلاف أم أبي أم الأب، ثم بعد الأصول تثبت الحضانة للحواشي كما قال المصنف.

(**ثم الأخت الشقيقة ثم الأخ الشقيق ثم**) الأخت (**للأب**) ثم الأخ لأب (**ثم**) الأخت (**للأم**) ثم الأخ للأم، وإنما قدمت الأنثى على الذكر لأنها أبصر وأصبر (**ثم الخالة**) وإنما قدمت عليها الأخت من أي جهة كانت لأنَّ الأخت أقرب (**ثم**) بعد الخالة (**بنات الإخوة للأبوين ثم**) يقدم (**بنوهم**) أي بنو الإخوة للأبوين (**ثم**) يقدم بعد بنات الإخوة للأبوين بنات الإخوة (**للأب ثم**) يقدم (**بنوهم**) أي بنو الإخوة للأب (**ثم**) تقدم بنات الأخوات (**للأم**) ولا دخل لبني الإخوة للأم في الحضانة ولا لبني الأخوات لضعف القرابة (**ثم**) بعد ما تقدم من الترتيب السابق تقدم (**العمة**) الشقيقة أو لأب أو لأم، وتقدم أخت أو خالة أو عمة من أبوين على أخت أو خالة أو عمة من أحدهما لقوة قرابتها (**ثم**) بعد العمة يقدم (**العم**) الشقيق أو لأب على بنات الخالة ومن بعدهن (**ثم**) بعد العم (**بنات الخالة**) سواء كانت الخالة شقيقة أو لأب أو لأم (**ثم**) بعد بنت الخالة (**بنات العم**) على ابن العم وإن تساووا في الدرجة لأن الأنوثة مع قوة القرابة فيهن أثبتت لهن الحضانة (**ثم**) بعد فقد بنات العم يقدم (**ابن العم**) للأبوين أو

لأب على غيره من العصبات كابن عم الأب وابن عم الجد.

والحاصل أن للحواضن ثلاثة أحوال:

(**الحالة الأولى**) اجتماع الإناث فقط: وأولاهن بالحضانة: الأم ثم أمهاتها الوارثات تقدم القربى فالقربى، ثم أمهات الأب كذلك وإن علا ثم الأخت الشقيقة ثم الأخت للأب ثم الأخت للأم ثم الخالة الشقيقة ثم الخالة لأب ثم الخالة لأم ثم بنت الأخت الشقيقة ثم بنت الأخت للأب ثم بنت الأخ الشقيق ثم بنت الأخ للأب ثم العمة الشقيقة ثم العمة للأب ثم العمة للأم ثم بنت الخالة الشقيقة ثم بنت الخالة للأب ثم بنت العمة الشقيقة ثم بنت العمة للأب ثم بنت العم الشقيق ثم بنت العم للأب ثم بنت الخال الشقيق ثم بنت الخال للأب ثم بنت الخال للأم.

(**الحالة الثانية**) اجتماع الذكور فقط وأولاهم: الأب ثم الجد أبو الأب ثم الأخ الشقيق ثم الأخ للأب ثم الأخ للأم ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ للأب ثم العم الشقيق ثم العم للأب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم للأب.

وشرط الحاضن المذكور: أن يكون قريباً وارثاً وإن لم يكن محرماً لكن لا تسلم مشتهاة لغير محرم حذراً من الخلوة المحرمة بل تسلم لثقة يعينها هو كزوجة أو أخت.

(**الحالة الثالثة**) اجتماع الذكور والإناث وأولاهم بها: الأم ثم أمهاتها الوارثات ثم أب ثم أمهاته الوارثات ثم الجد أبو الأب ثم أمهاته الوارثات ثم الأخوات من الأبوين ثم من الأب ثم من الأم ثم الإخوة من الأبوين ثم من الأب ثم من الأم ثم الخالات كذلك ثم بنات الأخوات لأبوين ثم لأب ثم لأم ثم بنات الإخوة من الأبوين ثم من الأب ثم من الأم ثم بنو الإخوة من الأبوين ثم من الأب ثم العمات كذلك ثم الأعمام لأبوين ثم الأعمام لأب ثم بنات

الشرح

الخالات كذلك ثم بنات العمات كذلك ثم بنات الأعمام الوارثين ثم بنوهم كذلك وإن استويا ذكوراً أو إناثاً كما في أخوين شقيقين أقرع بينهما، فيقدم من خرجت قرعته على غيره والخنثى كالذكر ومحل الترتيب المذكور ما لم يكن للمحضون بنت وإلا قدمت في الحضانة على غير الأبوين وما لم يكن له زوج يمكن تمتعه بها وإلا قدم ذكراً كان أو أنثى على الأقارب هذا في المحضون غير المميز أما المميز بأن يأكل ويشرب وحده وينام ويستنجي وحده فلا حضانة بل يخير بين أبويه فأيهما اختاره سلم إليه هذا حيث كانا صالحين للحضانة وإلا فعند السالم منهما. انتهى حاصل الحواضن مأخوذاً برمته من إعانة المبتدين للعلامة عبد الله بن عمر باجماح العمودي (٤٢١ - ٤٢٢).

(**وشرط الحاضن: العدالة**) فلا يكون الحاضن فاسقاً لأنَّه لا يلي ولا تؤمن خيانته وتقصيره في الحفظ والتربية وعبارة المحرر: (وتشترط العدالة) وعبارة جماعة: (الأمانة) والمعروف: أنه لا يشترط تحقق العدالة الباطنة بل تكفي الظاهرة كشهود النكاح كما جزم به الماوردي والروياني وهو المعتمد (النجم ج٨/٣٠٠).

(**والعقل**) فلا حضانة لمجنون لأنه محضون ولا فرق بين الجنون المطبق والمتقطع إلا أن يقل جنونه كيوم في سنين مثلاً فلا يمنع. قال الشيخ ابن حجر في التحفة (٣٥٧/٨).

[تَنْبِيْهٌ]: ينبغي في ذلك اليوم الذي يجن فيه الحاضن أن الحضانة لوليه ولم أر لهم كلاماً في الإغماء، ويظهر أن القاضي ينيب عنه من يحضنه لقرب زواله غالباً، ويحتمل أخذاً مما مر في ولاية النكاح أن يفصل بين أن يعتاد قرب زواله فالحكم كذلك وإلا فينتقل لمن بعده.

والحرية وكذا الإسلام إن كان الطفل مسلماً ولا حق للمرأة إذا نكحت إلا أن تنكح مَنْ له حضانته. . . . .

الشرح

(**والحرية**) فلا حضانة لرقيق ولو كان مكاتباً أو مبعضاً وإن أذن السيد لأنها ولاية وليس هو من أهلها (النجم ج٨/٢٩٩). ومَنْ بعضه حر يشترك مالك بعضه وقريبه على الترتيب السابق في حضانته فإن توافقا على شيء فذاك وإلا استأجر القاضي له حاضنة عليهما، (**وكذا**) يشترط في الحاضن (**الإسلام إن كان الطفل مسلماً**) فلا حضانة لكافر على مسلم لأنه لا ولاء به له عليه ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ ولأنه يخشى أن يفتنه (النجم ج٨/٣٠٠) بل يحضنه أقاربه المسلمون على الترتيب المتقدم فإن لم يوجد أحد من أقاربه المسلمين حضنه بقية المسلمين. وأما إذا كان المحضون كافراً فتثبت الحضانة للكافر عليه وللمسلم أيضاً بالأولى لأن فيه مصلحة.

والحاصل أنَّ الصور أربع تثبت الحضانة في ثلاث منهن: فتثبت للمسلم على المسلم، وللكافر على الكافر وللمسلم على الكافر، وتمتنع في واحدة فلا تثبت للكافر على المسلم (البيجوري ج٢/٢٠٣).

(**ولا حق للمرأة إذا نكحت**) من لا حق له في الحضانة كأجنبي فإذا تزوجت به ولو قبل الدخول فلا حضانة لها وإن رضي الزوج بدخول الولد داره لأنَّها مشغولة عنه بحق الزوج وإنما لم يعتبر رضاه لأنه ربما رجع فيشوش أمر الولد مع كونه أجنبياً عنه (البيجوري ج٢/٢٠٤).

(**إلا أن تنكح مَنْ له حضانته**) كعم الطفل أو ابن عمه أو ابن أخيه ورضي كل منهم بالمحضون فلا تسقط حضانتها لأنَّ هؤلاء أصحاب حق في الحضانة والشفقة تحملهم على رعاية الطفل فيتعاونون على كفالته (النجم ج٨/٣٠٢).

وإذا بلغ الصغير حداً يميز فيه خير بين أبويه فإن اختار أحدهما سلم إليه لكن إن اختار الابنُ أمه كان عند أبيه بالنهار ليعلمه ....

الشرح

(**وإذا بلغ الصغير حداً يميز فيه**) وافترق أبواه مع أهليتهما ومقامهما في بلد واحد (النجم ج٨/٣٠٤)، (**خير بين أبويه**) إن ظهر للقاضي أنه عارف بأسباب الاختيار (التحفة ج٨/٣٦٠). (**فإن اختار أحدهما سلم إليه**) لما روى الترمذي وابن ماجه: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «خير غلاماً بين أبويه» وإنما يدعى بالغلام: الصبي المميز؛ وروى أبو داود والبيهقي والحاكم عن أبي هريرة: أن رجلاً وامرأة اختصما في ولد بينهما إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقالت المرأة: يا رسول الله إن ابني هذا قد نفعني وسقاني من بئر أبي عتبة، وإن أباه يريد أن يأخذه مني، فقال الأب: من يحول بيني وبين ابني؟ فقال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يا غلام هذه أمك وهذا أبوك، فاتبع أيهما شئت، فاتبع أمه» ولأنَّ القصد بالكفالة طلب الحظ للولد والمميز أعرف بحظه فيرجع إليه لأنه قد عرف من برهما ما يدعوه إلى اختيار أبرهما، ولا نظر إلى كون أحدهما أكثر مالاً أو محبة على الأصح، ويستوي في التخيير الذكر والأنثى.

وقال أبو حنيفة ومالك: لا يخير، ثم عند أبي حنيفة يكون الغلام مع الأم حتى يستقل ثم يسلم إلى الأب، والجارية عندها حتى تزوج أو تحيض.

وعند مالك: يكون الغلام مع الأم حتى يثغر وتكون الجارية معها حتى تزوج ويدخل بها الزوج.

وقال أحمد: يخير الغلام، ولا تخير الجارية.

وسن التمييز في الغالب سبع أو ثمان سنين تقريباً، وقد يتقدم على ذلك ويتأخر ومدار الحكم على التمييز لا على سنه (النجم ج٨/٣٠٤ ـ ٣٠٥).

(**لكن إن اختار الابنُ أمه كان عند أبيه بالنهار ليعلمه**) أمور دينه ودنياه

ويؤدبه فإن عاد واختار الآخر دفع إليه فإن عاد واختار الأول أعيد إليه وهكذا إلى أن يظهر منه بهذا ولع وخبل.

الشرح

(**ويؤدبه**) أي يعلمه أدبَ النفس والبراعة والظرف فمن أدَّب ولده صغيراً سُرَّ به كبيراً، وقال النبي صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «ما نحل والدٌ ولداً أفضل من أدب حسن» وقال صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ «لأن يؤدب الرجل ولده خيرٌ من أين يتصدق بصاع» رواهما الترمذي والبخاري في الأدب المفرد. وكان يقال الأدب على الآباء والصلاح على الله (النجم ج٨/٣٠٨).

(**فإن عادَ**) عن اختيار الأم (**واختار الآخر**) وهو الأب في هذه الصورة (**دفع إليه فإن عاد واختار الأول**) وهو الأم في هذه الصورة (**أعيد إليه**) لأنَّه حق للولد تتبع شهوته وإرادته (شرح التنبيه ج٢/٧٥٧)، ولأنَّه قد يظهر الأمر على خلاف ما ظنه كأن يظن أنَّ في الأب خيراً فيظهر له أن فيه شَراً أو يتغير حال من اختاره أولاً فيحول إلى من اختاره ثانياً (البيجوري ج٢/٢٠١).

(**وهكذا إلى أن يظهر منه بهذا**) التنقل من واحدٍ إلى آخر (**ولع وخبل**) يدلان على أن سببَ تكرار تنقله قلة تمييزه جُعِلَ عند الأم كما قبل التمييز هذا ما اعتمده الشيخ ابن حجر والخطيب والبيجوري وغيرهم (التحفة مع ع ب ج٨/٣٦٤ والبيجوري ج٢/٢٠١).

[خَاتِمَةٌ]

بقي في الاختيار مسائل لم يتعرض لها المصنف رحمه الله تعالى:

منها: أنه كما يخير بين الأب والأم كذلك يخير بين أم وجد، وكذا أخ أو عم أو أب مع أخت أو خالة في الأصح.

ومنها: إذا اختار الأب ذكر لم يمنعه زيارة أمه ويمنع أنثى اختارته الزيارة

لئلا تعتاد البروز ولتألف الصيانة، ولا يمنع الأبُ الأمَ إذا أرادت الدخول عليهما زائرة والزيارة مرة في أيام فإن مرضا فالأم أولى بتمريضهما.

ومنها: لو اختارهما أقرع فإن لم يختر فالأم أَوْلى وقيل يقرع ومنها مسائل غير هذه تطلب من مظانها في المطولات. والله أعلم.

** ** **

باب الطلاق

يصح الطلاق من كل زوج عاقل بالغ مختار فلا يصح طلاق صبي ومجنون ومكره.........................

الشرح

(باب الطلاق)

الطلاق هو لغة: حل القيد، وشرعاً: حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه، وهو لفظ جاهلي ورد الشرع باستعماله، يقال: طلقت المرأة بفتح اللام على الأصح ويجوز ضمها تطلق بالضم فيهما فهي طالق وطالقة؛ قال الأعشى:

أجارتنا بيني فإنك طالقة كذاك أمور الناس غاد وطارقة

والأصل فيه من الكتاب قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ وقوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾؛ ومن السنة النبوية: أن النبي ﷺ طلق حفصة ثم راجعها؛ رواه ابن عساكر وغيره وروى الحاكم والدار قطني وأبو داود والحافظ المنذري أن النبي ﷺ، قال: «ليس شيء من الحلال أبغض إلى الله من الطلاق»، وفي رواية صحيحة: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق» وليس المراد حقيقة البغض بل التنفير منه قاله (حج) (النجم ج٧/٤٧٩ والجمل ج٤/٣٢١). **(يصح الطلاق من كل زوج عاقل بالغ مختار)** وأمَّا غير الزوج فلا يصح طلاقه لحديث: «لا طلاق إلا بعد نكاح» رواه الحاكم وصححه. **(فلا يصح طلاق صبي ومجنون)** لا تنجيزاً ولا تعليقاً لأنَّ عبارتهما غير معتبرة، والقلم مرفوع عنهما فلا يلزمهما حكم. وفي الترمذي موقوفاً: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه». وكذلك الحكم في كل زائل العقل لكن قد يتصور طلاق النائم والمغمى عليه والمجنون فيما إذا علق طلاقها في حال التكليف بصفة فوجدت وهو غير مكلف (النجم ج٧/٤٧٩ ـ ٤٨٠)، **(ومكره)** معطوف على مجنون أيْ

بغير حق مثل أن هدد بقتل أو قطع عضو أو ضرب مبرح وكذا شتم أو ضرب يسير وهو من ذوي المروءات والأقدار ....

الشرح

ولا يقع طلاق المكره (**بغير حق**) أما إذا أكره بحق فيقع طلاقه وليس له من الصور المتفق عليها إلا صورتان:

الأولى: ما إذا كان لديه أربع زوجات فطلق إحداهن قبل أن يقسم لها ليلتها وتزوج رابعة وطالبت المطلقة بحقها من القسم فأكرهه الحاكم على طلاق إحداهن ليبيت عندها ما تستحقه من القسم فهذا إكراه بحق فيقع.

والثانية: كأن تزوج امرأة وكان قد طلق أختها ولها حق قسم فطلبته فأكره على طلاقِ مَنْ مَعَهُ ليوفيها حقها فهذا إكراه بحق فيقع.

وأما تصوير شيخ الإسلام زكريا وتلميذه ابن حجر للإكراه بالحق بإكراه القاضي للمولي على طلقة فقد ضعفه العلامة عبد الله بن عمر بامخرمة في شرحه للعدة والسلاح (ص ١٨٧ ـ ١٨٨)، ونص عبارته وما ذكر في إكراه القاضي للمولي على الطلاق، قاله جماعة من المتأخرين منهم الشيخ زكريا وغيره وهو ضعيف لأنه مبني على الوجه الضعيف القائل بأن القاضي لا يطلق على المولي وإنما يكرهه على الطلاق كما نبه على ذلك الأذرعي وغيره من المحققين.

(**مثل أن هدد بقتل**) سواء كان التهديد بقتله أو بقتل أصله أو فرعه لا بقتل ابن العم ونحوه على الصحيح (النجم ج٧/٥٠٤)، (**أو قطع عضو أو ضرب مبرح**) وقيل يشترط في حصول الإكراه التخويف بالقتل فقط دون غيره لحرمة النفس وقيل التخويف بالقتل أوْ القطع أو الضرب المخوف لإفضائها إلى الهلاك (انظر النجم مع زيادة ج٧/٥٠٥). (**وكذا**) يعد من الإكراه على المذهب (**شتم**) لوجيه من الناس (**أو ضرب يسير وهو من ذوي المروءات والأقدار**) لأنه يصير

بذلك مكرهاً عرفاً وقيل يقع طلاقه كما لو لم يكن مِنْ ذوي الأقدار (شرح التنبيه ج٢/٦٤٨ ـ ٦٤٩)، ومما يحصل به الإكراه أيضاً: التهديد بإتلاف مال له وقع عند المكره بحسب حاله من يسار وإعسار فالتهديد بإتلاف خمسة دراهم ليس بإكراه في حق الموسر لأنَّه يتحمله ولا يطلق لمثل ذلك وفي حق المعسر.

إكراه والحاصل: أنه يختلف باختلاف الناس وأحوالهم فقد يكون الشيء إكراهاً في حق شخص دون آخر وفي حال دون حال.

وشروط الإكراه:

* قدرة المكره على تحقيق ما هدد به بولاية أو تغلب.

* عجز المكره عَنْ دفعه بهرب أو غيره.

* وظنه أنه إن امتنع حقق به ما خوف به.

* وأن يكون الإكراه حالاً، وأن لا ينوي الطلاق، وأن لا تظهر قرينة اختيار.

* وأن لا يكون الإكراه بحق اهـ (من العدة والسلاح مع المشكاة ص١٨٨).

(**ومن زال عقله بسبب لا يعذر فيه كالسكران**) أي المتعدي لأنَّه هو المنصرف إليه اللفظ عند الإطلاق ينفذ طلاقه ويصل منه إليها، كما ينفذ السهم من الرامي إلى المرمى. ونفوذ طلاقه أي السكران من قبيل ربط الأحكام بالأسباب ثُمَّ لا فرق بين أن يكون السكر طافحاً بحيث يسقط كالمغمى عليه أم لا لعصيانه بإزالة عقله فجعل كأنه لم يزل خلافاً للإمام في الطافح؛ والرجوع في

ومن شرب دواء يزيل العقل بلا حاجة يقع طلاقه وله أن يطلق بنفسه وله أن يوكل ولو امرأة وللوكيل أن يطلق متى شاء، لكن إذا قال لزوجته طلقي نفسك فقالت على الفور طلقت نفسي طلقت وإن أخرت فلا

الشرح

حد السكر إلى العرف لكن إنما يحتاج إلى ذلك في غير المتعدي أمَّا المتعدي فهو إما صاح أو سكران زائل العقل وقد تقرر أنَّ حكمَهُ حكم الصاحي، وقال الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في حد السكران: هو أن يختل كلامه المنظوم وينكشف سره المكتوم، وفي كتاب الصلاة من شرح المهذب للنووي، قال أصحابنا هو أي السكران أن تختل أحواله فلا تنتظم أفعاله وأقواله وإن كان له بقية تمييز وفهم كلام (المشكاة ص١٨٦).

(**ومن شرب دواء يزيل العقل بلا حاجة يقع طلاقه**) لإجماع الصحابة على مؤاخذة السكران بالقذف وهذا قياساً عليه، فإن شَرِبَ ما يزيل عقلَهُ لحاجة التداوي كان كالمجنون (شرح التنبيه ج٢/٦٤٨بتصرف)، (**وله**) أي الزوج (**أن يطلق بنفسه وله أن يوكل**) فيه لقبول النيابة (**ولو**) كان الوكيل (**امرأة**) ولو سفيهة كما يجوز أن يفوض إليها طلاق نفسها (**وللوكيل**) إذا قبل الوكالة (**أن يطلق متى شاء**) لأنه توكيل مطلق فلم يقتضِ التصرف على الفور فإن قَدَّرَ الموكل للوكيل وقتاً اختص به إيقاع الطلاق دون غيره.

(**لكن إذا قال لزوجته طلقي نفسك فقالت على الفور**) أيْ في مجلس التواجب، (**طلقت نفسي طلقت**) بالإجماع وهو تمليك في الجديد وفي قول توكيل (شرح التنبيه ج٢/٦٤٩)، (**وإن أخرت**) بقدر ما ينقطع به القبول عن الإيجاب ثم طلقت (شرح المنهج مع تقديم وتأخير وزيادة ج٤/٣٤٠)، (**فلا**) يقع الطلاق لأنه تمليك لا توكيل فنزل منزلة قوله ملكتك، والتمليك مقتضٍ للفورية (شرح المنهج مع تقديم وتأخير وزيادة ج٤/٣٤٠).

إلا أن يقول طلقي نفسك متى شئت ويملك الحر ثلاث تطليقات والعبد طلقتين ....

الشرح

(**إلا أن يقول طلقي نفسك متى شئت**) فلا تشترط الفورية وإن اقتضى التمليك اشتراطها، قال ابن الرفعة لأنَّ الطلاق لما قبل التعليق سومح في تمليكه، وهذا ما جزم به في التنبيه وجرى عليه جمع من المتأخرين منهم الجمال الرملي في النهاية والخطيب في المغني (انظر المغني ج٣/٣٦٥ وع ب على التحفة ج٨/٢٣)، وخالفهم ابن حجر تبعاً للشيخ زكريا وغيره ففي التحفة وهو أيْ تفويض طلاقها إليها تمليك في الجديد فيشترط لوقوعه تطليقها فوراً وإن أتى بنحو متى على المعتمد بأن لا يتخلل فاصل بين تفويضه وإيقاعها لأنَّ التطليق هنا جواب التمليك فكان كقبوله وقبوله فوري (التحفة مع حذف يسير ج٨/٢٣ والنقول الصحاح على المشكاة ص ١٩٣).

(**ويملك**) الزوج (**الحر ثلاث تطليقات**) سواء كانت الزوجة حرة أم أمة لأنَّه صلى الله عليه وآله وسلم سئل عن قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ أين الثالثة؟ فقال: أو تسريح بإحسان. رواه الدار قطني وصححه ابن القطان.

(**والعبد**) ولو مكاتباً أو مبعضاً يملك (**طلقتين**) فقط سواء كانت الزوجة حرة أم أمة لأنه روي عن عثمان وزيد بن ثابت ولا مخالف لهما من الصحابة رضي الله عنهم رواه الشافعي (المشكاة١٩٠).

[تنبيهان]:

الأول: يعتبر عدد الطلقات بالرجال عند الشافعي ومالك وأحمد ودليلهم ما رواه البيهقي أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم، قال الطلاق بالرجال والعدة بالنساء.

وقال أبو حنيفة: يعتبر بالنساء فعند الجماعة يملك الحر ثلاث تطليقات

العبد طلقتين وعند أبي حنيفة الحرة تطلق ثلاثاً والأمة اثنتين حراً كان زوجها أو عبداً (ترشيح المستفيدين ص٣٤١ مع زيادة من النجم ج٧/٥١٥).

الثاني: لا يحرم جمع الثلاث التطليقات ولكن يكره، أما الزيادة على الثلاث فالذي اعتمده الشيخ ابن حجر تبعاً للزركشي وغيره الحرمة وعلة التحريم أنه تعاطي عقد فاسد وهو حرام، واعتمد الخطيب الشربيني والرملي عدم الحرمة (النقول الصحاح ص ١٩٠). والله أعلم.

(**ويكره الطلاق من غير حاجة**) بأن كان الحال بينهما مستقيماً ولا يكره شيئاً من دينها ولا خَلْقها ولا خُلُقها ولا يخاف التقصير في حقها للخبر السابق «أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق» بخلاف من يكره شيئاً مما ذكر بل يستحب فيما إذا كان لا يمكنه القيام بحقوق الزوجية لبغض أو غيره أو كانت غير عفيفة (المشكاة ص ١٩٣ ـ ١٩٤).

(**والثلاث أشد**) كراهة (**وجمعها في طهر واحد أشد**) كراهة أي حيث كره الطلاق في المسألتين ولا حرمة في شيء من ذلك ثم المستحب لمريد الثلاث تفريقها على الأقراء لذات الأقراء، والأشهر لغيرها ليتمكن من الرجعة أو التجديد إن ندم وخروجاً من خلاف من يحرم جمع الثلاث (المشكاة ص ١٩٤ مع زيادة).

والحاصل: أنَّ الطلاق تعتريه الأحكام الخمسة:

(١) **واجب**: كطلاق مول لم يرد الوطء وحكمين رأياه.

(٢) **ومندوب**: كأن يعجز عن القيام بحقوقها ولو لعدم الميل إليها أو تكون غير عفيفة ما لم يخش الفجور بها أو سيئة الخلق بحيث لا يصبر على

ثم الطلاق على أقسام سني وبدعي محرم وخال عن السنة والبدعة، فأم
السني فهو أن يطلق في طهر لم يجامع فيه ....

الشرح

عشرتها عادة أو يأمره به أحد والديه أي من غير نحو تعنت كما هو شأن الحمقى من الآباء والأمهات ومع عدم خوف فتنة أو مشقة بطلاقها.

(٣) وحرام: كالبدعي وسيأتي الكلام عليه.

(٤) ومكروه: بأن سلم الحال عن ذلك كله.

(٥) ومباح: وصوره الإمام بما إذا لم يشتهها أيْ شهوة كاملة أفاده في التحفة (النقول الصحاح ص١٩٣ - ١٩٤).

(**ثم الطلاق على أقسام**) ثلاثة (**سني وبدعي محرم وخال عن السنة والبدعة**) جرى على هذا التقسيم الشيخ أبو اسحاق الشيرازي في التنبيه وشيخ الإسلام زكريا الأنصاري في منهجه وصاحب الزبد وغيرهم والذي جرى عليه الإمام النووي في منهاجه أنَّه ينقسم إلى قسمين سني وبدعي فقط (فتح الفتاح مع زيادة وتقديم وتأخير ص٣٢).

(**فأما السني**) أي الجائز الموافق للسنة أيْ الطريقة المحمدية والتسمية بالسني اصطلاحية ليس فيها منسوب ومنسوب إليه وكذا البدعي (فتح الفتاح مع المفتاح ص٣٢)؛ (**فهو أن يطلق في طهر لم يجامع فيه**) أي ولا في حيض قبله وذلك لاستعقابه الشروع في العدة مع عدم الندم في ذلك، وقد قال تعالى: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ أي في الوقت الذي يشرعن فيه في العدة وفي الصحيحين أنَّ ابن عمر طلق امرأته وهي حائض، فذكر ذلك عمر للنبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال: مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض ثم تطهر فإن شاء أمسكها وإن شاء طلقها قبل أن يجامع فتلك العدة التي أمر الله

والبدعي المحرم أن يطلق في الحيض بلا عوض أو في طهر جامعها فيه فإذا فعل ندب له أن يراجعها وأما الخالي عنهما فطلاق الصغيرة والآيسة من

الشرح

أن يطلق لها النساء واختلف في علة الغاية بتأخير الطلاق إلى الطهر الثاني وإن لم يكن شرطاً فقيل لئلا تصير الرجعة لغرض الطلاق لو طلق في الطهر الأول حتى قيل إنه يندب الوطء فيه وإن كان الأصح خلافه وقيل عقوبة وتغليظ (شرح المنهج ج٤/٣٥٨). (**والبدعي المحرم أن يطلق في الحيض**) أيْ في أوله أو وَسَطه لا في آخر لحظة منه، (**بلا عوض**) منها (**أو في طهر جامعها فيه**) بلا عوض منها إذا كانت ممن يجوز أن تحبل، والمعنى في التحريم تطويل العدة فإن كان بعوض فلا يحرم طلاقها لأنَّ دفعها المال يدل على احتياجها للخلاص حيث افتدت نفسها بالمال، بخلاف ما إذا سألته طلاقاً بلا عوض لأنها قد تسأله كاذبة كما هو شأنهن ومن ثَمَّ لو تحققت رغبتها فيه لم يحرم أو اختلعها أجنبي فيحرم طلاقها إن وقع في الحيض لأنَّ خلعه لا يقتضي اضطرارها إليه (التحفة ج٨/٧٧ بتصرف مع زيادة).

(**فإذا فعل**) أي طلقها في الحيض أو في طهر جامع فيه بلا عوض (**ندب له أن يراجعها**) للأمر به في حديث ابن عمر السابق ولدفع الإيذاء، فإن ترك الرجعة كره ومقتضى إطلاقهم استحبابها ما بقيت العدة، وقيده الماوردي والروياني ببقية تلك الحيضة التي طلقها فيها، قالا: فإن طهرت سقط لأنها صارت إلى طهر لا يحرم طلاقها فيه، ووافقهما شارح التعجيز ثم إذا راجع حكى النووي في تعليقه على الوسيط أن جماعة من مشايخه، قالوا: يرتفع الإثم لأنها كفارة له وتوبة من المعصية، قال: وهو ظاهر (شرح التنبيه ج٢/٦٥١).

(**وأما الخالي عنهما**) أي عن السني والبدعي (**فطلاق الصغيرة والآيسة من**

الحيض والحامل وغير المدخول بها والألفاظ التي يقع بها الطلاق صريح وكناية فالصريح يقع به سواء نوى به الطلاق أم لا ولا يقع بالكناية إلا أن ينوي به الطلاق ....

الشرح

الحيض) لأنَّ عدتهما بالأشهر فلا ضرر يلحقهما **(والحامل)** التي ظهر حملها لأنَّ عدتها بوضع الحمل فلا تختلف العدة في حقها حتى لو كانت تحيض مدة الحمل وطلقها في الحيض لم يحرم فإن لم يظهر حملها فطلاقها بدعي لأنَّه يؤدي إلى الندم بعد ظهور الحمل (البيجوري ج٢/١٤٨ - ١٤٩).

(وغير المدخول بها) لأنها لا عدة عليها لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾، **(والألفاظ التي يقع بها الطلاق)** تنقسم إلى **(صريح وكناية فالصريح يقع به)** الطلاق **(سواء نوى به الطلاق أم لا)** لأنَّ صرائح الطلاق لا تحتاج إلى نية من العارف بمدلولها بل يشترط قصد لفظ الطلاق فقط.

(ولا يقع بالكناية إلا أن ينوي به الطلاق) لأن الكناية تحتمل الطلاق وغيره فاحتيج فيها إلى النية بخلاف الصريح ولا تصير الكناية صريحاً بسؤال المرأة الطلاق ولا بقرينة الغضب أو نحوه (المشكاة ١٩٨). وشرط النية اقترانها باللفظ لكن هل يشترط اقترانها بجميع اللفظ أو يكفي بأوله أو آخره أو يكفي اقترانها بأوله وإن لم تقترن بآخره فيه وجوه: رجح في المنهاج، اقترانها بجميع اللفظ وفي الروضة: اقترانها بأوله أو آخره واعتمده أيضاً الشيخ ابن حجر والرملي والخطيب ورجح جماعات الاكتفاء باقترانها بأوله وإن لم تقترن بآخره (المشكاة مع النقول الصحاح ص ١٩٨ - ١٩٩).

[تَنْبِيهٌ]: إذا جهلت نيته لم يحكم بالطلاق فإن ادعتها وأنكر صدق بيمينه فإن نكل حلفت وحكم بالطلاق وربما اعتمدت قرائن يجوز الحلف

فالصريح لفظ الطلاق والفراق والسراح فإذا قال طلقتك أو فارقتك أو سرحتك أو أنت طالق أو مطلقة أو مفارقة أو مسرحة طلقت سواء نوى به الطلاق أم لا ....

الشرح

بمثلها (المشكاة ص ١٩٩).

(**فالصريح لفظ الطلاق**) لاشتهاره فيه لغة وشرعاً (**والفراق والسراح**) بفتح السين لورودهما في القرآن بمعناه ومحله فيمن عرف صراحتهما أما من لم يعرف إلا الطلاق فهو صريحه، كما في الاستذكار عن ابن خيران وهو كما قال الأذرعي ظاهر لا يتجه غيره إذا علم أن ذلك مما يخفى عليه (المشكاة ص ٢٠٠)، وفي (عمدة المفتي والمستفتي) للأهدل (١٨٧/٢) ما نصه (مسألة) قال شيخنا: جرى ابن حجر في فتاويه على أنَّ لفظ اسرحي بصيغة الأمر كناية وهو الذي يفهمه كلام الشيخ زكريا في شرح البهجة وبه جزم الطنبداوي وابن زياد في حق من لغته استعماله في الذهاب كأهل الجبل دون غيرهم، وكلام التحفة يفيد أنَّه من الصرائح مطلقاً والمتجه ما في فتاوى ابن حجر أنه كناية إن نوى به الطلاق وقع وإلا فلا لأنَّ كلام الفتاوى دل بمنطوقه على أنه كناية وكلامه في التحفة ليس صريحاً في صراحته وإنما فهم من كلامه ودلالة المنطوق أقوى، هذا عند التجرد عن القرينة أما حيث دلت القرينة على طلب الذهاب فهو كناية حينئذ قطعاً إلخ.

(**فإذا قال**) الرجل لامرأته (**طلقتك أو فارقتك أو سرحتك أو أنت طالق أو مطلقة**) بتشديد اللام (**أو مفارقة أو مسرحة**) أو يا طالق أو أنت الطالق بفتح التاء، أو أوقعت عليك طلاقي أو ألقيت عليك طلقة أو الطلاق ونحوها (المشكاة ص ٢٠١).

(**طلقت سواء نوى به الطلاق أم لا**) لما مر أن الصريح لا تشترط له نية.

والكنايات قوله أنت خلية أو برية أو بتة أو بائن وحرام واعتدي واستبرئي وتقنعي وألحقي بأهلك وحبلكِ على غاربكِ..........

الشرح

نعم ما ذكرناه في النداء محله إذا لم يكن اسمها كذلك وإلا فكناية (المشكاة ص ٢٠١).

[تَنْبِيهٌ]: لو ادعى أنه أراد طلاقاً من وثاق ولا قرينة أو فراقاً بالقلب أو تسريحاً من اليد لم يقبل قوله في الحكم ودُين فيما بينه وبين الله عز وجل فإن كانت قرينة قُبِل في الظاهر أيضاً.

(**والكنايات قوله**) أي الزوج لزوجته (**أنت خلية**) أي من الزوج (**أو برية**) أي من الزوج وفي التنبيه بريئة (**أو بتة**) أي مقطوعة الوصلة من نكاحي (**أو بائن**) من البين وهو الفرقة وإن زاد بعده بينونة لا تحلين بعدها لي أبداً (المشكاة مع النقول الصحاح ص٢٠٢).

(**وحرام**) أي محرمة أو حرمتك أو أنت علي الحرام (المشكاة مع النقول الصحاح ص٢٠٢).

[تَنْبِيهٌ]: حيث تلفظ بالتحريم فإن نوى طلاقاً أو ظهاراً حصل أو نواهما تخير وثبت ما اختاره وإن نوى بالتحريم عينها أو وطئها أو لم ينو شيئاً لم تحرم ووجبت عليه كفارة يمين في الحال ولا تتوقف على الوطء (المشكاة ص٢٠٣).

(**واعتدي واستبرئي**) أي لأني طلقتك وإن لم يدخل بها لأنها محل لذلك في الجملة (**وتقنعي**) وتستري أي لأنك حرمت علي بالطلاق فلا يحل لي أن أراك (**وألحقي بأهلكِ**) بكسر الهمزة وفتح الياء وقيل عكسه لأني طلقتك سواء كان لها أهل أم لا، (**وحبلكِ على غاربكِ**) أيْ خليت سبيلك كما يخلي البعير

صحراء وزمامه على غاربه وهو ما تقدم من الظهر وارتفع من العنق ليرعى
شاء (ونحو ذلك) كتجرعي وذوقي وانفقي على نفسك مِنْ مالك أو
ك وتركتك وأحللتك وأنت مطلقة بسكون الطاء ولك الطلاق وعليك
لاق على الأرجح فيهما، وبه جزم في الأنوار (المشكاة ص٢٠٤)، تزودي
ي سافري وكل ما يشعر بالفرقة إشعاراً قريباً؛ لا كقوله: أغناك الله فلا يعتبر
حاً ولا كناية بل يعتبر لَغْواً (التحفة ج٨/١٣ - ١٤ بالمعنى مع زيادة).

[تَنْبِيهٌ]: قال الفقيه العلامة جمال الدين محمد بن عبد الرحمن
دل في كتابه عمدة المفتي والمستفتي (٢/٢١١): **مسألة:** قول حرام وطلاق
حلالي كناية فإن نوى به الطلاق وقع وإلا فلا، ويصدق في نيته وعدمها،
ا ادعت الزوجة أنَّه نوى فأنكر صدق بيمينه. اهـ. وقال في موضع آخر
(٢/٢١٨)

مسألة: قوله حرام وطلاق ثلاثاً لغو لا يقع به طلاق لعدم التصريح بذكر
يقع عليها الطلاق وإن نوى به الطلاق ومثله حرام محل فقط فإنَّه لغو فإن
من حلالي وأراد بحلاله زوجته فهو كناية طلاق فإن نوى به الطلاق طلقت
زوجته، وإن قال حرام محل من حلالي ما أفعل كذا فإن نوى به الطلاق وفعله
طلقت وإلا فلا. انتهى.

(أو قال أنا منك طالق) أو بائن ونوى طلاقها لأنَّ عليه حجراً من جهتها
حيث لا ينكح معها أختها ولا أربعاً فصح حمل إضافة الطلاق إليه على حل
السبب المقتضي لهذا الحجر مع النية فاللفظ من حيث إضافته إلى غير محله
كناية بخلاف قوله لعبده أنا منك حر ليس كناية لأنَّ الطلاق يحل النكاح وهو

أو فوض الطلاق إليها فقالت أنت طالق أو قيل له ألك زوجة؟ فقال: لا
أو كتب لفظ الطلاق..

الشرح

مشترك بين الزوجين والعتق يحل الرق وهو مختص بالعبد فإن لم ينو طلاقها لم يقع سواء نوى أصل الطلاق أم طلاق نفسه أم لم ينو طلاقاً (شرح المنهج ج٤/٣٣٠). **(أو فوض الطلاق إليها)** أي الزوجة **(فقالت أنت طالق)** فهو كناية لا يقع إلا بالنية لأن مأخذ الصراحة وروده في الشرع أو الإشاعة في الاستعمال ولم يوجد واحد منهما

[فرع] قال باسودان في شرح منظومته في النكاح (ص ٢٠٨) (ولو قال: طالق، ونوى أنت أو أنت ونوى طالق فلا صريح ولا كناية. واختلف في: بالطلاق، أو والطلاق لا أفعل، أو ما فعلت، ففي (التحفة): أنه لغو وفي (النهاية) كناية وقال به كثير من فقهاء الجهة الحضرمية، الخ.

(أو قيل له) أي الزوج **(ألك زوجة؟ فقال: لا)** فهو كناية لأنَّه مع احتمال إرادة الطلاق يحتمل إرادة نفي فائدة الزوجات من حسن العشرة ونحوه فهو كقوله: ابتداء لست لي بزوجة فإنَّه كناية على الأصح وهذا الذي ذكره المصنف هو ما صححه النووي في تصحيحه وجرى عليه الأصفوني وأبو عبد الله الحجازي من شيوخ زكريا في اختصارهما كلام الروضة، والذي في أصل الروضة نقلاً عن الإملاء وقطع كثيرون أنَّه لا يقع به طلاق وإن نواه لأن كَذِبٌ محض ثم حكى وجهين في أنه صريح في الإقرار أم كناية وصحح الثاني (المشكاة ص٢٠٤ ـ ٢٠٥). **(أو كتب لفظ الطلاق)** من صريح أو كناية ونوى بكتابة ذلك إيقاع الطلاق وقع وإن لم يتلفظ بما كتبه لأنَّ الكتابة طريق في إفهام المراد كالعبارة وقد اقترنت بالنية وإن لم ينو لم يقع الطلاق لأنَّ الكتابة تحتمل النسخ والحكاية وتجربة القلم والمداد وغيرهما وإن قرأ ما كتبه من الصريح لم

فإذا نوى بجميع ذلك الطلاق وقع وإن لم ينو لم يقع وإن قيل له طلقت امرأتك، فقال: نعم طلقت، وإذا قال أنت طالق ونوى به إيقاع طلقتين أو ثلاث وقع ما نوى وكذا سائر ألفاظ الطلاق صريحها وكنايتها

الشرح

يحتج إلى النية فإن قال قرأته حاكياً ما كتبته بلا نية الطلاق صدق بيمينه كما في حل الوثاق (المشكاة ص٢٠٥).

(**فإذا نوى بجميع ذلك الطلاق وقع وإن لم ينو لم يقع**) ولو كتب إذا بلغك كتابي فأنتِ طالق ونوى الطلاقَ فإنما تطلق ببلوغه فإن انمحى سَطْر الطلاق فلا وقوع (التحفة ج٨/٢٢).

(**وإن قيل له**) على سبيل الالتماس (**طلقت امرأتك، فقال: نعم**) أو نحوها مما يرادفها كجير وأجل (**طلقت**) حالاً لأنَّ نعم أو نحوها قائم مقام طلقتها المراد لذكره في السؤال، أما إذا كان مقصد السائل الاستخبار فقول الزوج: نعم إقرار بالطلاق فإن كان كاذباً فهي زوجته في الباطن، فإن قال أردت طلاقاً ماضياً وراجعت بعد حلف، ولو جهل حال السؤال قال الزركشي: فالظاهر أنَّه استخبار (شرح المنهج مع تقديم وتأخير وزيادة ج٤/٣٨١).

(**وإذا قال أنت طالق ونوى به إيقاع طلقتين أو ثلاث وقع ما نوى**) سواء المدخول بها أو غيرها لأنَّ اللفظ صالح له وللوحدة، فتصرف بالنية إلى العدد لأنَّ الأعمال بالنيات، وقال أبو حنيفة وأحمد لا يقع بقوله: (أنت طالق) إلا واحدة وإن نوى العدد لأنَّه صريح في الوحدة، فلم يجز أن يجعل كناية في الثلاث لأنَّه يؤدي إلى أن يكون اللفظ الواحد صريحاً وكناية في حالة واحدة بخلاف نية الكناية (النجم ج٧/٥١٧).

(**وكذا سائر ألفاظ الطلاق صريحها وكنايتها**) إن نوى بها عدداً وقع وقُبل

وإن أضاف الطلاق إلى بعض من أبعاضها مثل أن قال نصفك طالق
طلقت طلقة واحدة ....

الشرح

منه ويشترط في نية العدد اقترانها بكل اللفظ فإن نوى في أثناءه فعلى ما تقدم
في نية أصل الطلاق قاله المتولي وغيره (النجم ج٧/٥١٧).

(وإن أضاف الطلاق إلى بعض من أبعاضها) المتصلة **(مثل أن قال نصفك)** أو بعضك أو جزؤك الشائع أو المعين قال المتولي: حتى لو أشار لشعرة منها بالطلاق طلقت أو يدك أو شعرك أو شعرة منك أو ظفرك (التحفة ج٨/٣٨)، **(طالق، طلقت)** إجماعاً في البعض وكالعتق في الباقي وإن فرق نعم، لو انفصل نحو أذنها أو شعرة منها فأعادته فثبت ثم قال أذنك مثلا طالق لم يقع نظراً إلى أن الزائل العائد كالذي لم يعد والطلاق في ذلك يقع على المذكور أولاً ثم يسري للباقي وقيل هو من باب التعبير بالبعضِ عن الكلِ ففي إن دَخَلْتِ فيمينك طالق فقطعت ثم دخلت يقع على الثاني فقط (التحفة ج٨/٣٨ ـ ٣٩) **(طلقة واحدة)** لم أرَ هذه العبارة في بعض نسخ المتن ورأيتُ السيد عمر بركات ذكرها في الشرح ولا داعي لتقيدها بطلقة واحدة لأنَّه ربما نوى أكثر من طلقة فيقع ما نوى كما تقدم.

[تَنْبِيْهٌ]: لم يستوف المصنف رحمه الله الإضافة في الطلاق بجميع أقسامها وحاصل ما قيل فيها أنها تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: إضافة الطلاق إلى بعض من أبعاض المرأة معيناً أو مبهماً فيقع الطلاق كما تقدم إلا في السمن عند (حج) فلا يقع.

القسم الثاني: إضافة الطلاق إلى فضلاتها كالبول والمني والمخاط ونحو ذلك فلا يقع الطلاق إلا في الدم لأنَّه قوام البدن كالروح.

ا إذا قال أنت طالق نصف طلقة أو ربع طلقة طَلُقَتْ طلقة، وإذا
أنت طالق ثلاثاً إلا طلقة طلقت طلقتين أو ثلاثاً إلا طلقتين
نت طلقة...

الشرح

القسم الثالث: إضافته إلى المعاني القائمة بالذات كالسمع والبصر فلا يقع
اً اهـ ملخصاً من (المشكاة ص٢٠٦ ـ ٢٠٧).

(وكذا إذا قال أنت طالق نصف طلقة أو ربع طلقة) أو ثلث طلقة (طَلُقَتْ
قة) كاملة في الكل لأنه لا يتبعض فإيقاع بعضه كإيقاع كله لقوته، وإذا قال
تِ طالق ثلاثة أنصاف طلقة أو خمسة أرباع طلقة وقع طلقتان لأنَّ الأجزاء متى
دت على طلقة حسبت الزيادة مِنْ طلقة أخرى فيصير كما لو قال أنت طالق
لقة ونصف طلقة، ولو قال أنت طالق كل الطلاق أو أكثر الطلاق طلقت ثلاثاً
نّها كُلَّ الطلاق أو أكثره ومثله بعدد النجوم أو الثريا ونحو ذلك بخلاف أكبر
طلاق بالباء الموحدة أو أعظمه أو أطوله ونحو ذلك فإنه لا يقع إلا طلقة
المشكاة ص٢١٠ ـ ٢١١).

(وإذا) أخرج بعض الطلاق بالاستثناء، كأنْ (قال أنت طالق ثلاثاً إلا
طلقة طلقت طلقتين أو ثلاثاً إلا طلقتين طلقت طلقة) لأنَّ الاستثناء في الكتاب
والسنة موجود وفي الكلام معهود وله شروط: أن يكون متصلاً عرفاً بحيث يعد
كلاماً واحداً، قال في أصل الروضة نقلاً عن الإمام أبلغ مما بين الإيجاب
والقبول وتغتفر سكتة التنفس والعي والتذكر وانقطاع الصوت، وأن ينوي
الاستثناء قبل فراغ المستثنى منه، وأن لا يكون مستغرقاً، وأن يقصد به رفع
حكم اليمين، وأن يتلفظ به مسمعاً به نفسه حيث لا مانع فلو لم يتلفظ أو تلفظ
ولم يسمع نفسه لم يقع الاستثناء (المشكاة مع النقول الصحاح ص٢١٢).

أو ثلاثاً إلا ثلاثاً طلقت ثلاثاً وإن قال أنت طالق إن شاء الله أو إن لم يشأ الله وكذا إلا أن يشاء الله لم تطلق، ويجوز تعليق الطلاق على شروط وإن علقه على شرط ووجد ذلك الشرط طلقت.............

الشرح

(أو ثلاثاً إلا ثلاثاً طلقت ثلاثاً) ويلغو الاستثناء لاستغراقه، وإن زاد على عدد أكثر الطلاق ثم استثنى منه صح فإذا قال أنت طالق خمساً إلا ثلاثاً طلقت ثنتين لأنَّ الاستثناء لفظي فاتبع فيه موجب اللفظ، ولو قال ثلاثاً إلا نصف طلقة وقع الثلاث لأنه أبقى نصف طلقة فكملت طلقة كما مر (المشكاة ص٢١٢ - ٢١٣).

(وإن قال أنت طالق إن) أو إذا أو متى (شاء الله) أو أراد أو رضي أو أحب أو اختار أو أنت طالق بمشيئته (التحفة ج٨/٦٦)، (أو) قال أنت طالق (إن) أو إذا مثلاً (لم يشأ الله وكذا إلا أن يشاء الله لم تطلق) إن قصد التعليق بالمشيئة قبل فراغ اليمين ولم يفصل بينهما وأسمع نفسه (المشكاة بالمعنى ص٢١٦)، وخرج بقصد التعليق ما إذا سبق لسانه أو قَصَدَ التبرك أو أنَّ كلَ شيء بمشيئة الله تعالى أو لم يعلم هل قصدَ التعليق أو لا وكذا إن أطلقَ خلافاً للأسنوي فإنها تطلق وإن كان وضع ذلك للتعليق لانتفاء قصده، ولو قال أنت طالق إن شاء الله أو لم يشأ الله طلقت قاله العبادي (شرح المنهج ج٤/٣٥١).

(ويجوز تعليق الطلاق على شروط) من صفات وزمان ومكان وغير ذلك (وإن علقه على شرط ووجد ذلك الشرط طلقت) إذا استمرت الزوجية إلى حالة وجود الشرط كالعتق واستدل له بحديث المؤمنون عند شروطهم، رواه أبو داود بإسناد حسن ولا يجوز الرجوع فيه كالحلف، ولو قال أنت طالق إنْ دخلت الدار، وأنكرت الشرط صدق بيمينه بخلاف ما لو ادعى أنَّه قال إن شاء الله فإنها

فإذا قال لزوجته إن حضت فأنت طالق طلقت بمجرد رؤية الدم فإذا قالت حضت فكذبها فالقول قولها مع يمينها وإن قال إن حضت فضرتك طالق، فقالت حضت فكذبها فالقول قوله ولم تطلق الضرة،

الشرح

المصدقة بيمينها والفرق أن هذا رفع للطلاق والأول تخصيص له بحال دون حال (المشكاة ص٢١٥ - ٢١٦).

(**فإذا قال لزوجته**) وهي طاهر (**إن حضت فأنت طالق طلقت بمجرد رؤية الدم**) في زمن إمكان الحيض فإن انقطع قبل أن تبلغ أقله تبين أنَّها لم تطلق وإن قال إِن حضْتِ حيضة فأنْتِ طالق لم تطلق حتى تحيض وتطهر لأنَّه عَلَّقه بتمام الحيض (شرح التنبيه ج٢/٦٦١) (**فإذا قالت حضت فكذبها فالقول** قولها مع يمينها) لأنَّه لا يعلم إلا من جهتها وإقامة البينة عليه متعذرة فإنَّ الدمَ وإن شُوْهِد لا يُعرف أنه حيضٌ بل يجوز أن يكون استحاضة (شرح التنبيه ج٢/٦٦١).

(**وإن قال إن حضت فضرتك طالق، فقالت حضت**) قال السيوطي في شرح التنبيه (٢/٦٦١) صوابه: فقالت الضرة - حاضت صاحبتي فطلقت فكذبها لأن الحق للضرة لا للمعلق على حيضها، (**فكذبها فالقول قوله**) عملاً بأصل تصديق المنكر ولا تصدق هي إذ لا بد من اليمين وهي من الغير ممتنعة (**ولم تطلق الضرة**) لأنَّ قولها لا يقبل في حق غيرها (شرح التنبيه ج٢/٦٦١)، ولو قال إن حضتما فأنتما طالقتان فزعمتاه وكذبهما صدق بيمينه ولا يقع على واحدة منهما لأن طلاق كل واحدة معلق بشرطين: حيضهما وتصديق الزوج لهما ولم يوجد، قال في (الشامل) إلا أن يقيما البينة على الحيض فيقع عليهما، وإن كذب واحدة طلقت فقط لوجود الشرطين في حقها أمَّا ثبوت حيض ضرتها فبتصديقه وأما حيضها فبيمينها ولا تطلق المصدقة إذْ لم يثبت حيض صاحبتها

وإن قال إن خرجت إلا بإذني فأنت طالق، ثم أذن لها في الخروج مرة فخرجت ثم خرجت أخرى بعد ذلك بلا إذن لم تطلق وإن قال كلما خرجت إلا بإذني فأنت طالق فأيْ مرة خرجت بغير إذنه طلقت

الشرح

لتكذيبه (النجم ج٧/٥٧٣). (**وإن قال**) الرجل لامرأته (**إن خرجت إلا**[١] **بإذني**) أي بغير إذني (**فأنت طالق، ثم أذن لها في الخروج**) بعد التعليق (مرة) واحدة فقط، (**فخرجت**) في مرة الإذن (**ثم خرجت**) مرة (**أخرى بعد ذلك**) أي بعد مرة الإذن (**بلا إذن لم تطلق**) بالخروج الثاني الحاصل بغير إذن لأنَّ (إنْ) لا تقتضي التكرار ولا فرق بين أن تعلم بالإذن أو لا تعلم ولا بين أنْ تكون صغيرة أو كبيرة (**وإن قال كلما خرجت إلا بإذني**) أي بغير إذني (**فأنت طالق فأي مرة خرجت بغير إذنه طلقت**) عملاً بمقتضى التكرار الذي يستفاد من كلما، والحاصل: أنَّ حكم أدوات التعليق من حيثية اشتراط وقوع المعلق عليه فوراً وعدمه قد نضمها بعضهم بقوله:

١) أدوات التعليق في النفي للفور	سوى إن وفي الثبوت رأوها
٢) للتراخي إلا إذا إن مع الما	ل وشئت، وكلما كرروها

وقد شرح هذين البيتين السيد العلامة محمد بن سالم بن حفيظ في كتابه المفتاح شرحاً وافياً، فقال: والمعنى أن أدوات التعليق إذا دخلت على منفي كقوله: إذا لم تفعلي كذا؛ أو متى لم تفعلي كذا؛ أو أي وقت لم تفعلي كذا، فأنت طالق ـ اقتضت الفورية حينئذ أي فمتى مضى بعد تلفظه بما ذكر زمن يمكنها أن تفعل فيه ذلك الفعل المعلق عليه ولم تفعله طلقت، إلا إنْ ـ فإنها لا تقتضي الفورية، فلو قال: إن لم تدخل الدار فأنت طالق ـ لم تطلق بمضي ذلك

التعليق

(١) إلا هنا بمعنى غير كما في قوله تعالى: ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَآ ءَالِهَةٌ إِلَّا ٱللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾.

الزمن وإنما تطلق باليأس من دخول الدار ولا يحصل اليأس إلا بانهدام الدار أو موت أحد الزوجين، وأما إن دخلت أدوات التعليق على مثبت وذلك كقوله إن كلمت زيداً أو إن دخلت الدار أو متى عملت كذا ونحوه فمتى وقع ذلك الفعل المعلق طلقت إلا في التعليق بإن أو إذا مع المال أو لفظ شئت خطاباً فإنها تشترط الفورية في ذلك وذلك كقوله إن ضمنت لي بكذا فأنت طالق أو إذا أبرأتيني من كذا فأنت طالق فإن ضمنت له بما ذكر أو أبرأته في الحال طلقت، وإن مضى زمن بعد التعليق في الحاضرة وبعد علمها بالتعليق إن كانت غائبة يمكنها فيه أن تفعل فلم تفعل لم تطلق ومثل ذلك لو علق بإن أو إذا مع قوله شئتِ كقوله إن شئت الطلاق فأنت طالق أو إذا شئت الطلاق فأنت طالق فإنها تشترط الفورية أيضاً، فإن قالت حالاً شئت الطلاق طلقت وإلا فلا بخلاف ما لو قال متى شئت الطلاق فأنت طالق أو أي وقت ونحوه فإنَّها تطلق متى قالت شئتُ الطلاق ولو بعد مدة طويلة، وجميع أدوات التعليق غير كلما لا تقتضي تكراراً بل إذا وجد المعلق عليه مرة واحدة من غير نسيان ولا جهل ولا إكراه انحلت اليمين فلو قال مثلاً متى دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار طلقت طلقة واحدة فلو راجعها ودخلت الدار ثانياً لم تطلق لانحلال اليمين بالمرة الأولى. أما لو علق بكلما فإنها تقتضي التكرار، فلو قال كلما دخلتِ دار زيد فأنت طالق طلقة واحدة فدخلته طلقت طلقة واحدة فإذا دخلته ثانياً وهي في العدة أو بعد أن راجعها طلقت ثانية وإذا دخلته ثالثاً طلقت الثالثة، هذا إن كانت مدخولاً بها فلو لم تكن مدخولاً بها بانت منه بالطلقة الأولى وانحل التعليق بالبينونة، اهـ.

(وإن) أتى في التعليق بصيغة الدور المشهور كأَنْ **(قال متى وقع عليك**

طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً ثمَ قال بعد ذلك أنت طالق طلقت المنجز فقط ومن علق بفعل نفسه.......................

الشرح

طلاقي) أو متى طلقتك **(فأنت طالق قبله ثلاثاً)** في موطوءة أو غيرها أو واحدة أو اثنتين في موطوءة أو إن طلقت ثلاثاً فأنت طالق قبله واحدة (التحفة ج٨/١٤).

(ثمَ قال بعد ذلك أنت طالق طلقت المنجز فقط) وهو الثلاث لا المعلق إذ لو وقع لمنع وقوع المنجز وإذا لم يقع لم يقع المعلق لبطلان شرطه، وقد يتخلف الجزاء عن الشرط بأسباب، وهذا ما صححه الشيخان واعتمده الرملي والخطيب والشيخ ابن حجر وغيرهم. وقيل تطلق ثلاثاً بأن يقع المنجز ويكمل من المعلق وهذه المسألة المشهورة بالسيريجية اعتنى الأئمة بها وأفردوها بالتصنيف منهم المتولي والغزالي والشاشي والكينا[1] ومجلي والعماد السكري والسبكي والشيخ ابن حجر والسيوطي وغيرهم وللشيخ بن حجر كتاباً سماه الأدلة المرضية على بطلان الدور في المسألة السريجية وقيل لا يقع المنجز ولا المعلق وجرى عليه في العدة والسلاح ونقله جماعة عَنْ النص والأكثرين وعدوا منهم عشرين إماما وعبارة الأذرعي هو المنسوب للأكثرين في الطريقين وعزاه الإمام إلى المعظم والعمراني إلى الأكثرين (انظر شرح التنبيه ج٢/٦٦٥ ـ ٦٦٦ والمشكاة مع النقول الصحاح ص ٢١٨ ـ ٢١٩ والتحفة ج٨/١١٤ اهـ ملخصاً من هذه الكتب الثلاثة).

(ومن علق) الطلاق **(بفعل نفسه)** كدخول الدار وقد قصد حث نفسه أو منعها بخلاف ما إذا أطلق أو قصد التعليق بمجرد صورة الفعل فإنه يقع مطلقاً

التعليق

(١) قوله ـ والكينا هكذا في شرح التنبيه ولعله وإلكيا الهراسي كما في النجم ج٧/٥٧٥).

ففعل ناسياً أو مكرهاً لم يقع وإن علق بفعل غيره مثل إن دخل زيد الدار فأنت طالق فدخلها قبل علمه بالتعليق أو بعده ذاكراً له أو ناسياً وكان غير مبال بحنثه طلقت وإن علم بالتعليق فدخل ناسياً أو مكرهاً وهو ممن يبالي بحنثه لم تطلق وإن قال إن دخلت الدار فأنت طالق ثم بانت منه إما بطلقة أو بثلاث ثم تزوجها ثم دخلت الدار لم تطلق.

الشرح

كما اقتضاه كلام ابن رزين (التحفة ج٨/١١٨).

(**ففعل**) المحلوف عليه بأن دَخَلَ الدار (**ناسياً**) للتعليق (**أو مكرهاً**) عليه بباطل أو بحقٍ كما قاله الشيخان وغيرهما (التحفة ج٨/١١٨). (**لم يقع**) الطلاق في الأظهر للخبر الصحيح «إنَّ الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» أي لا يؤاخذهم بأحكام هذه إلا ما دل عليه الدليل كضمان المتلفات، وأفتى جمع من أئمتنا بالمقابل، وقال ابن المنذر إنه مشهور مذهب الشافعي وعليه أكثر العلماء ومن ثَمَّ توقف جمع من قدماء الأصحاب عن الإفتاء في ذلك وتبعهم ابن الرفعة في آخر عمره (التحفة ج٨/١١٩).

(**وإن علق بفعل غيره مثل إن دخل زيد الدار فأنت طالق فدخلها**) زيد (**قبل علمه بالتعليق أو بعده**) أي بعد علمه بالتعليق (**ذاكراً له أو ناسياً وكان**) زيد (**غير مبال بحنثه طلقت**) قطعاً (**وإن علم**) زيد (**بالتعليق فدخل ناسياً أو مكرهاً وهو ممن يبالي بحنثه**) بأن تقضي العادة والمروءة بأنه لا يخالفه ويبر يمينه لنحو حياء أو صداقة أو حسن خلق (التحفة ج٨/١٢٢)، (**لم تطلق**) وكذا إذا لم يعلم بالتعليق وهو ممن يبالي بالحنث لأنَّ القصد بالطلاق حينئذ الحث على المنع وفعل الجاهل كلا فعل (**وإن قال إن دخلت الدار فأنت طالق ثم بانت منه**) قبل الوطء أو بعده بفسخ أو خلع (التحفة ج٨/٤٣). (**إما بطلقة أو بثلاث ثم تزوجها ثم دخلت الدار لم تطلق**) إن دخلت في البينونة جزماً

لانحلال اليمين بالدخول فيها وكذا لا يقع إن لم تدخل في البينونة بل دخلت
في النكاح في الأظهر لارتفاع النكاح الذي علق عليه. ومقابل الأظهر يقع لقيام
النكاح في حالتي التعليق والصفة وتخلل البينونة لا يؤثر لأنه ليس وقت الإيقاع
ولا وقت الوقوع وفي قول ثالث يقع إن بانت بدون الثلاث لأن العائد في
النكاح ما بقي من الطلقات من الأول فتعود بصفتها وهي التعليق بالفعل المعلق
عليه بخلاف ما لو بانت بالثلاث لأنه استوفى ما علق من الطلاق والعائد
طلقات جديدة (المغني ج٤/٣٧٤).

واعتمد الشيخ أبو اسحاق الشيرازي في التنبيه وقوع الطلاق ونص
عبارته، وإن قال إن دخلتِ الدار فأنت طالق ثم بانت منه ثم تزوجها فدخلت
الدار ففيه ثلاثة أقوال:

أحدهما: تطلق، والثاني: لا تطلق.

والثالث: إن عادت بعد الثلاث لم تطلق وإن عادت قبله طلقت، والأول
أصح. انتهى قال الإمام السيوطي في شرحه على التنبيه، قال الشيخ (والأول
أصح) وصحح الشيخان الثاني وكذا صححه المصنف في باب الخلع كما تقدم
(انظر التنبيه مع شرحه للسيوطي ج٢/٦٧١).

** ** **

(فصل في الخلع)

بضم الخاء، وهو لغةً: مشتق من الخلع وهو النزع، وشرعاً: فرقة بعوض
قصود راجع لجهة الزوج، والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا
يمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ ولذلك سمي الخلع افتداء.

وروى البخاري وغيره أنَّ النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خرج يوماً إلى صلاة الصبح
رأى حبيبة بنت سهل الأنصارية، فقالت: لا أنا ولا ثابت بن قيس، ومعناه لا
ا أوافقه ولا هو يوافقني فلما دخل ثابت المسجدَ، قال له رسول الله
صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هذه حبيبة تذكر ما شاء الله أن تذكر» فقالت حبيبة: كل ما أعطانيه
ندي، فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، قال: خذ الحديقة
طلقها تطليقة».

فإن قيل: ليس في الحديث رضا ثابت بالطلاق ولا جريان لفظ الخلع؟

الجواب: أن المجلس كان متعدداً فذكر النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذلك في مجلس
لى سبيل الإشارة ثم في مجلس أمره وبذلك يجمع بين الروايات، لأنَّ القصة
حدةٌ؛ قال أبو داود وهو أول خلعٍ وقع في الإسلام. ولا فرق في جوازه بين
ن يجري على الصداق أو بعضه أو على مال آخر أقل منه أو أكثر.

وعن أحمد: لا يجوز أن يأخذ منها أكثر مما أعطى لها. ويصح الخلع في
حالتي الشقاق والوفاق، وخصه ابن المنذر وبعض العلماء بحالة الشقاق ففي
سنن النسائي أنَّ ثابتاً كان قد ضَرَبَ زوجته فكسر يدها؛ ولو زنت المرأة فمنعها
زوج بعض مالها فافتدت بمال صح الخلع وحل له الأخذ وحمل عليه قوله

يصح الخلع ممن يصح طلاقه ويكره إلا في حالين أحدهما: أن يخافا أو أحدهما أن لا يقيما حدود الله ما داما على الزوجية، والثاني: أن يحلف بالطلاق الثلاث على ترك فعل شيء ثم يحتاج إلى فعله فيخالعها، ثم يتزوجها ثم يفعل المحلوف عليه فإنه لا يقع عليه الطلاق الثلاث كما سبق...

الشرح

تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ﴾ الآية وفي قولٍ لا يجب ولا يستحق العوض (النجم ج٧/٤٢٩).

(**يصح الخلع ممن يصح طلاقه**) فلا يصح خلع الصبي والمجنون والمكره ولا خلع الأب عن ابنِ الصغير خلافاً لمالك (النجم ج٧/٤٣٢).

(**ويكره**) الخلع لخبر «أيّما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة»، رواه أبو داود وغيره بإسناد صحيح، ولخبر النسائي «المختلعات هن المنافقات» (**إلا في حالين**) فلا يكره الخلع فيهما (**أحدهما: أن يخافا**) أي يظنا (**أو أحدهما أن لا يقيما حدود الله**) أي إقامة أحكامه من مواجيب الزوجية (**ما داما على الزوجية**) لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ أي لا جناح على الرجل في أخذ ما افتدت به نفسها ولا على المرأة في إعطائه ولخبر ثابت ابن قيس السابق، قال الأصحاب: ولا يكره الخلع عند الشقاق أو عند كراهتها له لسوء خلقه أو دينه أو غيرهما (المشكاة ص١٥٨ ـ ١٥٩). (**والثاني: أن يحلف بالطلاق الثلاث على ترك فعل شيء ثم يحتاج إلى فعله فيخالعها**) ولا كراهة حينئذ لحاجة التخليص من الحنث بخلافه في الحلف بما دون الثلاث (المشكاة ص١٥٩)، (**ثم**) بعد مخالعته لها (**يتزوجها ثم يفعل المحلوف عليه**) قبل التزوج بها ثانياً وهو أولى أو بعد التزوج بها ثانياً، (**فإنه لا يقع عليه الطلاق الثلاث كما سبق**) في باب الطلاق.

وإن كان الزوج سفيها صح خلعه ويدفع العوض إلى وليه ولا يصح خلع سفيهة.........

الشرح

[تَنْبِيهٌ]: الخلع مخلص من الطلاق الثلاث في الحلف على النفي المطلق كقوله عليه الطلاق لا أفعل كذا أو المقيد كقوله عليه الطلاق الثلاث لا أفعل كذا في هذا الشهر أو الإثبات المطلق كقوله عليه الطلاق الثلاث لأفعلنَّ كذا وأما الإثبات المقيد كقوله عليه الطلاق الثلاث لأفعلنَّ كذا في هذا الشهر ففيه خلاف، والمعتمد أنه يخلص فيه أيضاً بشرط أن يخالع والباقي من الوقت زمنٌ يسع فعل المحلوف عليه وإلا لم ينفعه، وقال بعضهم: لا ينفعه إن فعله بعد التمكن من فعل المحلوف عليه فإذا خالع بعد ذلك ومضى الوقت ولم يفعل المحلوف عليه تبين أَنَّه وَقَعَ عليه الطلاق الثلاث ولم ينفعه الخلع لأَنَّه فوَّت البر باختياره وعلى الأول فلا يقع عليه إلا طلقة الخلع لأنه ينقص عدد الطلاق على الراجح وهناك طريقة ضعيفة بأنه فسخ فلا ينقص عدد الطلاق، بشرط أن يكون بلفظ الخلع أو المفاداة وأن لا يقصد به الطلاق، اهـ. برمته من حاشية الباجوري (١٣٩/٢ ـ ١٤٠).

(وإن كان الزوج سفيها) فخالع زوجته **(صح خلعه)** سواء كان بمهر المثل أم لا ولو بغير إذن الولي لأن طلاقه مجاناً نافذ (المشكاة ص١٦٠)، **(ويدفع العوض إلى وليه)** ولا يجوز دفعه إليه كسائر أمواله ويصح دفعه إليه بإذن وليه، نعم إن قيد بالدفع إليه كأن قال إن دفعتِ إليَّ كذا فلها أن تدفعه إليه وإن لم يأذن الولي لأَنَّه إنما يملكه في هذه بالدفع إليه لا قبله ثم على وليه المبادرة إلى الأخذ منه (المشكاة ص١٦٠)،

(ولا يصح خلع سفيهة) وإن أَذِنَ وليها فإن خالعها وقع الطلاق رجعياً في المدخول بها لاستقلال الزوج بالطلاق ولا فرق بين كون الزوج عالماً بسفهها أم

وليس للولي أن يخالع امرأة الطفل ولا أن يخالع الطفلة بماله
ويصح بمال الولي ويصح بلفظ الطلاق ولفظ الخلع مثل أنت طالق على
ألف أو خالعتك على ألف فإن قالت قبلت بانت ولزمها الألف

الشرح

لا خلافاً للأذرعي وغيره نعم يشترط لوقوع الطلاق القبول وإلاَّ لم يقع لاقتضاء الصيغة القبول كالطلاق المعلق على صفة وأن لا تكون الصيغة صيغة تعليق فإن كانت كقوله: إن ابرأتني من صداقك فأنتِ طالق لم يقع مطلقاً سواء تلفظت بالإبراء أم لا لأنها لا يصح إبراؤها فلم توجد الصفة المعلق بها الطلاق (المشكاة ص١٦٢) (**وليس للولي**) من أب أو جد أو غيرهما من الأولياء (**أن يخالع امرأة الطفل**) لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق» رواه ابن ماجة والزوج هو الموصوف بهذه الصفة (شرح التنبيه ج٢/٦٤٢) (**ولا أن يخالع الطفلة بمالها**) وكذا المجنونة والسفيهة لأنَّ تصرف الولي منوط بالحظ والمصلحة ولا حظ لها في ذلك إذ يسقط حقها من المهر والنفقة والاستمتاع (شرح التنبيه ج٢/٦٤٢).

(**ويصح بمال الولي**) لأنَّه إذا جاز ذلك للأجنبي فجوازه للأب أولى لوفور شفقته وسواء كانت صغيرة أو كبيرة (النجم ج٧/٤٧٢).

(**ويصح**) الخلع (**بلفظ الطلاق**) أي بصرائحه أو كناياته مع النية (**و**) يصح أيضاً بـ (**لفظ الخلع**) والمفاداة مثاله بلفظ الطلاق (**مثل أنت طالق على ألف**) درهم أو طلقتك بألف درهم أو طلقت على كذا، (**أو خالعتك على ألف**) درهم أو فاديتك بألف درهم أو فاديتك على كذا (**فإن قالت**) حالاً (**قبلت**) أو اختلعت أو ضمنته لك ونحوه، ويكفي في الخرساء إشارتها المفهمة (المشكاة ص١٦٤)، (**بانت ولزمها الألف**) أي بذل الألف له في مقابلة ما فاته من دوام العصمة وانتفاعه بالبضع.

[فرع]

لفظ الخلع والمفاداة إن ذكر معهما المال فصريحان بالاتفاق عند الشيخ ابن حجر والرملي أما إذا نوى المال فصريح كذلك عند الرملي كناية عند الشيخ ابن حجر، قال في فتح الجواد (١٣٦/٢) بعد كلام طويل لكن الأوجه كما بينته في الأصل ما في الروضة مِن تصحيح أنه كناية عند عدم ذكر المال وعليه فلا بد من نية الطلاق به مطلقاً ثم إن نفى العوض وقع رجعياً مطلقا نوى التماس قبولها فقبلت أم لا وإن أطلق كخالعتك فإن أضمر التماس قبولها فقبلت وقع بائناً بمهر المثل إقامة لإضماره المذكور مقام ذكر المال وإن لم يضمر ذلك وقع رجعياً، الخ. واعتمد العلامة عبد الله بامخرمة في المشكاة أن الطلاق بلفظ الخلع والمفاداة صريح ويقع بمهر المثل نوى الالتماس أم لا نوى المال أم لا بشرط عدم نفي العوض فإن نفاه فقال: خالعتك بلا عوض أو قَصَدَ نفيه وقع رجعياً ولا مال قبلت أو لم تقبل أضمر التماس قبولها أمْ لا.

(وكذلك) يصح الخلع **(إن قال إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، فأعطته)** على الفور في المجلس أي مجلس التواجب؛ وضابط الإعطاء على الفور: أن لا يتخلل كلام طويل أو سكوت طويل عرفاً وقيل ما لم يتفرقا، كما مر في خيار المجلس (التحفة ج٤٨١/٧).

(بانت) ولزمها الألف. ومحل اشتراط الإعطاء على الفور إذا كان تعليق الإعطاء بإن أو إذا فإن كان التعليق بمتى أو متى ما أو أي حين أو أي وقت ونحوه فلا يشترط الإعطاء على الفور بل متى وجد الإعطاء طلقت لأنَّ متى ونحوها صريحة في جواز التأخير شاملة لجميع الأوقات بخلاف إنْ وإذا،

وكذلك إذا قالت طلقني على ألف، فقال: أنت طالق بانت ولزمها الألف وما جاز أن يكون صداقاً جاز أن يكون عوضاً في الخلع ....

الشرح

(وكذلك) يكون الخلع صحيحاً (إذا قالت طلقني على ألف فقال) الزوج فوراً (أنت طالق) على ألف (بانت ولزمها الألف) لما تقدم.

والحاصل: أنَّه حيث بدأ الزوج بصيغة عقد كقوله أنت طالق بألفٍ أو طلقتك بألف فهو معاوضة فيها شوب تعليق لتوقف وقوع الطلاق على القبول وله الرجوع قبل قبولها وإن بدأ بصيغة تعليق كقوله إن أو متى أعطيتني أو نحوه فتعليق فيه شوب معاوضة فلا رجوع له قبل الإعطاء، ولا يشترط القبول لفظاً ولا الإعطاء فوراً في غير إنْ وإذا وإن بدأت الزوجة بصيغة عقد أو تعليقٍ فهو من جهتها معاوضة فيها شوب جعالة فلها الرجوع قبل قبوله، ويشترط للبينونة فورية جوابه مطلقاً وإنْ علقت بمتى فلو طلقها بعد زوال الفورية حمل على الابتداء (المشكاة مع النقول الصحاح ص١٦٦ ـ ١٦٧)؛

قال الشيخ زكريا رحمه الله: لو ادعى أنَّه جواب أو كان جاهلاً معذوراً صدق بيمينه (زيتونة الالقاح ص١٨٩).

قال الشيخ ابن حجر وبحث أنها لو صرحت بالتراخي لم يجب الفور، واعتمده في النهاية والمغني وصور الشبراملسي التراخي بقوله (إن طلقتني ولو بعد شهر مثلا) (التحفة مع ع ب ج٧/٤٨٣).

(وما جاز أن يكون صداقاً) من قليل وكثير ودين وعين ومال ومنفعة (التنبيه مع شرحه ج٢/٦٤٣ ـ ٦٤٤)، (جاز أن يكون عوضاً في الخلع) وما لا يجوز أن يكون صداقاً من حرام أو مجهول وغيرهما لا يجوز أن يكونَ عوضاً في الخلع بجامع أنَّ كلاً منهما عقد مُعَاوضة على منفعة بضع (التنبيه مع شرحه

فلو خالع بمجهول أو غير متمول كالخمر بانت بمهر المثل، وهو بلفظ الخلع طلاق صريح.

الشرح

ج٢/٦٤٣ ـ ٦٤٤)، (**فلو خالع بمجهول**) قدره أو صفته حيث لا تعليق أو علق بإعطائه وأمكن مع الجهل وذلك كعلى ما في كفها وإن علم أنها فارغة على المعتمد (**أو غير متمول كالخمر**) والخنزير والمغصوب (**بانت بمهر المثل**) له عليها لأنه المراد عند فساد العوض كما في فساد الصداق وهذا كله إذا كان الخلع معها فإن كان مع أجنبي وقال الأجنبي طلقها على هذا الخمر أو على هذا المغصوب أو عبد زيد فطلق فإنَّه يقع رجعياً ولا مال؛ وأما إذا لم يقل ذلك بأنْ قال طلقها على هذا مثلاً وكان مغصوباً أو خمراً أو نحوهما فيقع بائناً بمهر المثل (المشكاة ص١٧١).

قال في صفوة الزبد:

أمَّا الـذي بـالخمر أو مـع جهـل　　فإنَّـه يوجـب مهـر المثـل

(**وهو**) أيْ الفراق (**بلفظ الخلع طلاق صريح**) ينقص العدد لا فسخ خلافاً للقول القديم القائل بذلك فعليه لا ينقص عدد الطلاق فيجوز تجديد النكاح بعد تكرره من غير حصر واختاره كثيرون من أصحابنا المتقدمين والمتأخرين وأفتى به البلقيني متكرراً (انظر إعانة الطالبين مع فتح المعين ج٣/٣٩٠).

[تَنْبِيهٌ]: الفرقة بلفظ الخلع إن قلنا إنَّه صريح أو كناية ونواه به طلاق ينقص العدد وفي قول نص عليه في القديم والجديد الفرقة بلفظ الخلع أو المفاداة إذا لم يقصد به طلاقاً فسخ لا ينقص عدداً فيجوز تجديد النكاح بعد تكرره من غير حصر واختاره كثيرون من أصحابنا المتقدمين والمتأخرين بل تكرر من البلقيني الإفتاء به؛ أما الفرقة بلفظ الطلاق بعوض فطلاق ينقص العدد

قطعاً كما لو قصد بلفظ الخلع الطلاق لكن نقل الإمام عن المحققين القطع بأنَّه لا يصير طلاقاً بالنية كما لو قصد بالظهار الطلاق فإنَّه لا يصير طلاقاً بالنية (إعانة الطالبين مع فتح المعين ج٣/٣٩٠).

[خَاتِمَةٌ]

ختم الله لنا ولوالدينا بالحسنى

قال في المغني (٣/٣٥٥) [فائدة]: ضابط مسائل الخلع أن منها ما يقع فيه الطلاق بالمسمى، ومنها ما يقع فيه الطلاق بمهر المثل، ومنها ما يقع رجعياً ومنها ما لا يقع أصلاً.

فالذي يقع فيه الطلاق بالمسمى: أن تكون الصيغة صحيحة والعوض صحيحاً. والذي يقع فيه بمهر المثل هو: أن تكون الصيغة فيه صحيحة والفساد في العوض. والذي يقع فيه رجعياً هو: الفساد فيه من جهة الصيغة ويكون الطلاق فيه من جهة الزوج منجزاً غير معلق، والذي لا يقع أصلاً هو: الذي يكون الطلاق فيه معلقاً ولم يوجد شرطه والله أعلم، اهـ ومثله في التحفة والنهاية.

وقد نظم هذا الضابط الشيخ عبد الله باسودان في منظومته بقوله:

ولـو نجـز التطليـق أو قـال لـي كـذا ... أوِ التمسـا مـا لا يكـونُ مِـن القصـدِ
فرجعيــة فــاحفظ لتحريــر ضــابط ... عَـن الشيـخ فـي تحفتـه خُـذْهُ بـالودِ
بأربعــة أحــوالٍ تفصــيلها أتــى ... بتعليقـه إن قـال ذلـك عَـنْ عَمْـدِ
فإن صحت الصيغة والعوض الـذي ... يسـميه بانـت بالمسـمى وبالمـد
وإن فَسَـدَ التعـويضُ بانَـتْ بمهرهـا ... وإن صِـيغةٌ فـاحكم برجعيـة الوَفْـدِ
إذا نَجَـزَ التطليـقَ والرابـع بــأنْ ... يعلـق بـالإبراء ولـم يـكُ مـن يُفْـدِي
فهـذي رؤوس مـن مسـائل خلعنـا ... يقـاس عليهـا مـا تشـارد بالنـد

** ** **

فَصْلٌ

من شك هل طلق أم لا لم تطلق والورع أن يراجع وإن شك هل طلق طلقة أو أكثر وقع الأقل ومن طلق ثلاثاً في مرض موته لم ترثه المطلقة.

الشرح

(فصل في الشك في الطلاق)

(من شك) في أصل طلاق منجز أو معلق (التحفة ج٨/٦٩مع زيادة)، **(هل طلق أم لا، لم تطلق)** إجماعاً لأنَّ الأصل عدم الطلاق وبقاء النكاح (التحفة ج٨/٦٩ مع زيادة).

(والورع أن يراجع) في الرجعي ويجدد في البائن إن كان له رغبة وإلا فيطلق (المشكاة ص٢٢٤)، لخبر «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك» رواه الترمذي وصححه.

(وإن شك هل طلق طلقة أو أكثر وقع الأقل) لأنَّه المتيقن دون الزائد لأنَّ الأصلَ عدمه لكن يستحب التزام الأكثر احتياطاً، فلو شك في أنَّه طلقها اثنتين أو ثلاثاً استحب له أن لا ينكحها حتى تنكح زوجاً غيره (المشكاة ص ٢٢٤ ـ ٢٢٥)، فإن أرادَ عودها له بالثلاث أوقعهن عليها، وفيما إذا شك هل طلق ثلاثاً أم لم يطلق أصلاً الأولى أن يطلق ثلاثاً لتحل لغيره يقيناً ولتعود له بعده يقيناً وبالثلاث (التحفة ج٨/٦٩ ـ ٧٠).

(ومن طلق ثلاثاً في مرض موته لم ترثه المطلقة) لانقطاع الزوجية بالبينونة، قال بامخرمة في المشكاة (ص ٢٢٨ ـ ٢٢٩)، (وقوله: في المرض ليس بقيد إذْ المرض والصحة في ذلك سواء وإنما هو إشارة إلى مخالفة القول القديم القائل بأن الطلاق البائن في المرض لا يمنع إرثها منه وأمَّا إذا ماتت فلا

يرثها على القولين).

وعبارة الإمام النووي في المنهاج (٤١٧): (ويقع في مرض موته ويتوارثان في عدة رجعي لا بائن، وفي القديم ترثه).

** ** **

ذا طلق الحر طلقة أوْ طلقتين أوْ طلق العبد طلقة بعد الدخول

الشرح

(فصل في الرجعة)

وهي لغة: المرة من الرجوع، وشرعاً: رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير ائن في العدة على وجهٍ مخصوص (الياقوت ص١٥٦).

قال الدميري (٨/٧): وذكرها بعد الطلاق موافق لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ حَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓاْ إِصْلَـٰحًا﴾ لأنَّ الرد الرجعة باتفاق المفسرين، وقوله عالى: ﴿فِي ذَٰلِكَ﴾ أيْ في العدة، وكان هذا في صدر الإسلام في حق كل طلقة حتى خص الله تعالى الطلاق في ثلاث بقوله ﴿ٱلطَّلَـٰقُ مَرَّتَانِ﴾ الآية.

وأمَّا اشتراط إرادة الصلاح: فخرج مخرج الغالب أو الواقع لأنَّ كلَ مراجع سواء قصد الخير أو الشر مزيل لما تشعث من النكاح؛ وقال الشافعي: المراد صلاح الطلاق بالرجعة، وفسره عطاء بن أبي رباح بالإصلاح في الدين، البغوي قال: فلا تصح الرجعة إلا لمن أراد بها صلاح دينه وتقوى دينه وهذا ذهب تفرد به، ويدل لها من السنة قوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لعمر «مره فليراجعها»، وقوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «أتاني جبريل، فقال لي: راجع حفصة فإنها صوّامة قوّامة وإنها وجتك في الجنة» رواه أبو داود وابن ماجة من حديث ابن عمر بإسناد حسن؛ وأجمعت الأمة على جوازها. **(إذا طلق الحر)** امرأته **(طلقة أوْ طلقتين أوْ طلق العبد)** امرأته **(طلقة بعد الدخول)** وإن لم تزل بكارتها وإن كان الوطء في الدبر، ومثلها مستدخلة ماءه المحترم على المعتمد إذ لا عدة على غيرها، والرجعة شرطها العدة ولا يشترط على المعتمد تحقق وقوع الطلاق عند الرجعة، فلو شك فيه فراجع ثم بان وقوعه صحت، كما لو زوج أمة أبيه ظاناً حياته فبان ميتاً

بلا عوض فله قبل أن تنقضي العدة أن يراجع سواء رضيت أم لا وله أن يطلقها وإن مات أحدهما ورثه الآخر ....

الشرح

(التحفة مع ع ب ج٨/١٤٩) (**بلا عوض**) بخلاف المطلقة بعوض لأنها ملكت نفسها بما بذلته (التحفة ج٨/١٤٩)، (**فله قبل أن تنقضي العدة أن يراجع**) بالإجماع وفي التنزيل ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾ (**سواء**) في صحة الرجعة حيث وجدت شروطها (**رضيت**) الزوجة بها (**أم لا**) لما سبق من إطلاق الأدلة ولأنها في حكم استدامة النكاح السابق والاستدامة لا يشترط فيها الرضى (المشكاة ص٢٣٠).

(**وله أن يطلقها**) ويظاهر منها ويولي منها قبل أن يراجعها لأنَّ الزوجية باقية، وهل له أن يخالعها؟ قولان: أصحهما أنَّ له ذلك لبقاء أحكام الزوجية؛ والثاني: لا لأنَّ الخلع للتحريم وهي محرمة فينفذ الطلاق إذا قبلت رجعياً (التنبيه مع شرحه ج٢/٦٧٦).

(**وإن مات أحدهما ورثه الآخر**) بالإجماع، قال الشافعي رضي الله تعالى عنه الرجعية زوجة في خمس آيات من كتاب الله تعالى أيْ تشملها أحكام هذه الآيات كغيرها من الزوجات وهن قوله تعالى: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾، ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾، ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَٰجُكُمْ﴾، ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ﴾، ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ اهـ (انظر حاشية الشرقاوي ج٢/٣٠٠ مع زيادة). فلو قال: زوجاتي طوالق طلقت الرجعية على المنصوص (النجم ج٨/١٨).

والحاصل: أنَّ الرجعية كالزوجة في خمسة أشياء: وهي الطلاق، والظهار، والإيلاء، واللعان، والإرث، وقد نظمها بعضهم بقوله:

لكن لا يحل له وطؤها ولا النظر إليها ولا الاستمتاع بها قبل المراجعة وإن كان الطلاق قبل الدخول أو بعده بعوض فلا رجعة له ولا تصح الرجعة إلا باللفظ فقط ....

الشرح

طـلاقٌ وإيـلاءٌ ظهـار وراثـة　　لعـان لحقـن الكـل مَـن هـي رجعـة

(إعانة الطالبين ج٣/٣٨١)

ويستثنى بعض الأشياء ليست الرجعية فيها كالزوجة وهي المرادة بقول المصنف رحمه الله تعالى (**لكن لا يحل له وطؤها ولا النظر إليها ولا الاستمتاع بها**) الشامل للنظر والوطء ولو عبر كما عبر الإمام النووي في المنهاج (٤٣٠)، وهو قوله: «ويحرم الاستمتاع بها» لكانَ أولى روماً للاختصار

(**قبل المراجعة**) لأن النكاح يبيح الوطء فيحرمه الطلاق لأنَّه ضده وبهذا قال مالك وأباح أبو حنيفة وطأها، وعَنْ أحمد روايتان كالمذهبين؛ احتج أبو حنيفة بتسميته بَعْلاً وبأنَّه يطلق وهو منقوض بالمظاهر وزوج الحائض. واستدل الشافعي بما رواه عَنْ مالك عَنْ نافع عن ابن عمر: أنَّه طلق امرأته وهي بمسكن حفصة، وكان طريقه إلى المسجد فكان يسلك الطريق الآخر من أدبار البيوت كراهة أنْ يستأذن عليها حتى يراجعها (النجم ج٨/١٧).

(**وإن كان الطلاق قبل الدخول أو بعده بعوض فلا رجعة له**) لحصول البينونة في الطلاق قبل الدخول، وامتلاكها نفسها بدفع العوض، كما قال في صفوة الزبد في باب الخلع:

تملـك نفسـها بـه ويمتنـع　　طلاقهـا ومالـه أن يرتجـع

(**ولا تصح الرجعة إلا باللفظ فقط**) ولو بالعجمية سواء أحسن العربية أم لا فلا تصح بالفعل كالوطء ونحوه وإنْ نوى به الرجعة (المشكاة ص ٢٣٣)،

لأنَّه يوجب العدة فكيف يقطعها وفي وجه تصح بالوطء والقبلة والمباشرة بشهوة قياساً على وطء الجارية المبيعة في زمن الخيار فإنَّه يكون فسخاً، والفرق أنَّ الملك يحصل بالفعل كالغنيمة والسبي بخلاف النكاح (النجم ج٨/١١)، هذا ما جرى عليه الإمام الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ؛ وعند الإمام أحمد وأبي حنيفة تحصل بالفعل وإن لم ينو به الرجعة، وقال الإمام مالك إنْ نوى به الرجعة حصلت وإلا فلا (الترشيح ص٣٤٢ بالمعنى).

[تَنْبِيْهٌ]: لو كانت الزوجة شافعية تعتقد عدم جواز الرجعة بالفعل والزوج حنفياً يعتقد جوازه قال القليوبي: فله الطلب وعليها الهرب (حاشية القليوبي وعميرة على المحلي ج٤/٣ بالمعنى)

(فيقول راجعتها) أو رجعتها **(أو رددتها)** أو ارتددتها ويزيد معه إليَّ أو إلى نكاحي لأنّ المتبادر من الرد ضد القبول فقد يفهم منه الرد على الأبوين مثلاً بسبب الفراق فلزم تقييده بهذه الزيادة (المشكاة ص٢٣٤)، **(أو أمسكتها)** وإن لم يقل إلي أو إلى نكاحي.

[تَنْبِيْهٌ]: الحاصل أن ألفاظ الرجعة تنقسم إلى قسمين: صريح، وكناية. **فالصريح**: قوله راجعتك أو ارتجعتك ورجعتك وأمسكتك لشهرتها في ذلك وورودها في الكتاب والسنة وفي معناها سائر ما اشتق منها من مصادرها كأنت مراجعة ويسن في ذلك الإضافة، كأن يقول إلي أو إلى نكاحي إلا في رددتك فإنه يشترط فيه ذلك كما تقدم. **والكناية**: قوله تزوجتك أو نكحتك لأنهما صريحان في العقد فلا يكونان صريحان في الرجعة لأنَّ ما كان صريحاً في شيء لا يكون صريحاً في غيره كالطلاق والظهار، وعلم مما ذكر أن صرائح الراجعة منحصرة في لفظ الرجوع وما اشتق منه وفي الإمساك والرد بشرط الإضافة بخلاف الكنايات

الشرح

فغير محصورة (انظر شرح المنهج ج٤/٣٨٦ ـ ٣٨٧ مع زيادة وحذف).

(و) في المذهب الجديد **(لا يشترط)** لصحة الرجعة **(الإشهاد)** عليها وبه قال أبو حنيفة لأنَّ الرجعة في حكم استدامة النكاح السابق ولذلك لا يحتاج إلى الولي ورضا المرأة، وفي سنن أبي داود وابن ماجة والبيهقي بإسناد حسن: أنَّ عِمْرَان بن حصين رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا سئل عمن راجع امرأته ولم يشهد؟ فقال عمران: «راجع في غير سنة فليشهد الآن» فلو كان الإشهاد شرطاً لما كان للإشهاد على ما سبق معنى، وإنما يستحب الإشهاد على الإقرار بالرجعة لأنهما قد يتنازعان؛ والقديم وهو منصوص في الأم وبه قال مالك يشترط لقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ ومثار الخلاف أنَّ الرجعة في حكم الاستدامة أو الابتداء وعن أحمد روايتان وحيث لم نوجبه يستحب بالاتفاق (النجم ج٨/١٠).

وقد ذكر القولين القديم والجديد ابن رسلان في صفوة الزبد بقوله:

وليس الإشهاد بها يعتبر ... نص عليه الأم والمختصر
وفي القديم لا رجوع إلا ... بشاهدين قاله في الإملاء
وهو كما قال الربيع آخر ... قوليه فالترجيح فيه أجدرُ
وهو على القولين مستحب[1] ... وأعلم الزوجة فهو ندب

[تَنْبِيهٌ]: يترتب على القول بوجوب الإشهاد عدم صحة الرجعة بألفاظ

التعليق

(١) قوله: وهو «على القولين مستحب» أي مطلوب كما ذكره العلامة الرملي في شرح الزبد فهو على القول الجديد الذي نص عليه في الأم والمختصر مطلوب ندباً وعلى القول القديم الذي نقله عنه الربيع مطلوب وجوباً.

وإذا راجعها عادت إليه بما بقي من عدد الطلاق أما إذا طلق الحر ثلاثاً أو العبد طلقتين حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً ويطؤها في الفرج، وأدناه تغييب الحشفة ....

الشرح

الكناية لعدم اطلاع الشهود على النية[1].

(**وإذا راجعها عادت إليه بما بقي من عدد الطلاق**) لأنه لم يستوف عدد الطلاق بكماله أمَّا إذا استوفى الحر أو العبد العدد الذي له فإنه بعد أن تنكح زوجاً آخر يستفتح العددَ بكماله (المشكاة ص٢٣٦).

(**أمَّا إذا طلق الحر ثلاثاً أو العبد طلقتين**) مجموعاً أو مفرقاً في نكاح أو أكثر قبل الدخول أو بعده بكراً أم ثيباً صغيرة أم كبيرة بعوض كان الطلاق أو مجاناً (المشكاة ص٢٣٦)، (**حرمت عليه**) أيْ لا يجوز له نكاحها ولا يصح (**حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً**) أما الوطء بملك اليمين أو بالنكاح الفاسد فلا يحصل به التحليل (**ويطؤها**) الزوج الثاني (**في الفرج**) قال تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا﴾ أي الثالثة ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾ وقال في القراءة الأولى ويهزها أي يطؤها ثم نسخ رسمها وبقي حكمها (شرح التنبيه ج٢/٦٧٨)، دل على ذلك قوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لامرأة رفاعة «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك».

(**وأدناه**) أي أقل الوطء الذي يحصل به التحليل (**تغييب الحشفة**) في الفرج إذْ بها تتعلق أحكام الوطء وإن كانَ مجبوباً وبقي من الذكر قدر الحشفة أي حشفة ذلك الذكر أحلَّها لحصول الوطء به (شرح التنبيه ج٢/٦٧٨).

التعليق

(١) هذا التنبيه مأخوذ من قول «حج» في التحفة ج٨/١٤٨ : وإذا لم يجب الإشهاد عليها فتصح بكناية مع النية.

رط انتشار الذكر.

الشرح

وخرج بالوطء في الفرج الوطء في دبرها وبالحشفة ما دونها وإدخال
ني، ثم محل الاكتفاء بتغييب الحشفة في غير البكر أما هي فلا بد من
فتضاض كما نقلاه عن فتاوى البغوي وأقراه وحكاه المحاملي عن نصِ الأم
ما يحصل التحليل بدخول الحشفة أو قدرها (المشكاة ص ٢٣٨).

(**بشرط انتشار الذكر**) بالفعل وإن قل أو أعين بنحو أصبع وقول السبكي
يشترطه بالفعل أحد بل الشرط سلامته من نحو عنة وشلل ردوه بأنه الصحيح
هباً ودليلاً وليس لنا وطء يتوقف تأثيره على الانتشار سوى هذا اهـ (التحفة
١/٣١١).

** ** **

فصل في الإيلاء

الإيلاء حرام ....

الشرح

(فصل في الإيلاء)

وهو لغة: الحلف، وشرعاً: حلف زوج على الامتناع من وطء زوجته مطلقاً أو أكثر من أربعة أشهر (الياقوت ص١٥٨).

(الإيلاء حرام) لما فيه من الايذاء، وهل هو صغيرة أو كبيرة؟ خلاف: والمعتمد أنه صغيرة كما في شرح الرملي وأخره المصنف عن الرجعة إشارة إلى صحته من الرجعية اهـ (البيجوري ٢/١٥٩).

والإيلاء: هو مصدر آلي يولي إِيلاءً أيْ حلف، والألية بتشديد الياء اليمين وجمعها ألايا، قال تعالى: ﴿وَلَا يَأْتَلِ أُوْلُواْ ٱلْفَضْلِ مِنكُمْ﴾ وهو الصديق رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ، وقال صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «من يتأل على الله يكذبه»، وقال الشاعر:

قليل ألالايا حافظٌ ليمينهِ وإنْ سَبَقتْ مِنْهُ الأليةُ بَرَتِ

وقال آخر:

وأكذب ما يكونُ أبو المثنى إذا آلى يميناً بالطلاق

وقال الشافعي: سمعتُ ممن أرضى مِن أهل العلم أنَّ أهلَ الجاهلية كانوا يُطَلِّقُونَ بالظهار والإيلاء والطلاق، فأقر الله تعالى الطلاق طلاقاً وحكم في الإيلاء والظهار بحكمها.

واختلف أصحابنا هل عمل بكونه طلاقاً في أولِ الإسلام على وجهين: أصحهما لا.

والإيلاء الشرعي حرام للأبد أو هو غير ما وَقَعَ مِنْ النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ في

وهو أن يحلف الزوج بالله أو بالطلاق أو بالعتق أو بالتزام صوم أو صلاة أو غير ذلك يميناً يمنع الجماع في الفرج أكثر من أربعة أشهر

الشرح

السنة التاسعة لَمَّا آلى من نساءه شهراً (النجم ج٨/٢٥ ـ ٢٦).

(**وهو أن يحلف الزوج**) الحر أو العبد الذمي أو ا لمسلم، فخرج بالزوج السيد فلا يصح إيلاؤه مِن الأمة، ومن قاله لأجنبية ثُمَّ تزوجها، فالأصح لا يكون مولياً (النجم ج٨/٢٦)، (**بالله**) عز وجل أو بصفة من صفاته (**أو بالطلاق**) بأنْ قالَ إن وطئتك فأنْتِ طالقٌ ثلاثاً (**أو بالعتق**) بأن قال إن وطئتك فعبدي حرٌ أو فعلي عتق.

(**أو بالتزام صوم**) بأن قالَ إن وطئتك فعلي صوم (**أو**) بالتزام (**صلاة**) بأن قال إن وطئتك فعلي صلاة (**أو غير ذلك**) كالحج والصدقة، هذا ما اعتمده الإمام الشافعي رحمه الله تعالى في الجديد وفي القديم أنَّ الإيلاء يختص بالحلف بالله تعالى وبصفةٍ من صفاته لأنَّه المعهود لأهل الجاهلية الحاكمين بأنَّ الإيلاء طلاق (المغني ج٣/٤٣٧ ـ ٤٣٨)

(**يميناً يمنع الجماع في الفرج**) مطلقاً من غير تقييد بمدةٍ أوْ يمنع الجماع (**أكثر من أربعة أشهر**) ولو بلحظةٍ روي عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنَّه سأل كم تصبر المرأة؟ فقيل: شهرين وفي الثالث يقل الصبر وفي الرابع ينفذ الصبر أي إذا نفذ صبرها طالبت فلا بد من الزيادة على ذلك. وظاهره أنَّه يكفي زيادة لحظة لا تسع المطالبة وهو ما نقله في أصلِ الروضة عَنْ الإمام وجرى عليه ابن المقري في روضه وفي كلام الروياني ما يوافقه؛ قال البلقيني وهو عجيب لا يوافق عليه، والذي يقتضيه نص الشافعي في الأم والمختصر أنَّه لا يكون مولياً إلا بالحلف على فوق أربعة أشهر بزمان يتأتى فيه المطالبة، وصرَّح به الماوردي وسبقه إلى نحو ذلك ابن الرفعة، والأولى أن يقال إن كلام الإمام محمول على

فإذا حلف كذلك صار مولياً فتضرب له مدة أربعة أشهر فإذا انقضت ولم يجامع فيها ولا مانع من جهتها فلها عقب المدة أن تطالبه إما بالطلاق أو بالوطء إذا لم يكن به مانع يمنعه من الوطء ....

الشرح

إثم الإيذاء، وكلام الماوردي محمول على إثم الإيلاء (المغني ج٣/٤٣٧).

(**فإذا حلف كذلك صار مولياً فتضرب له**) بلا قاضٍ (**مدة أربعة أشهر**) حراً كان الزوج أو عبداً حرة كانت الزوجة أو أمة (شرح التنبيه ج٢/٦٨٢)، قال تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾.

(**فإذا انقضت**) المدة (**ولم يجامع فيها ولا مانع من جهتها**) كمرض وجنون (**فلها عقب المدة أن تطالبه إما بالطلاق أو بالوطء إذا لم يكن به مانع يمنعه من الوطء**) كالمرض والظهار والصوم والإحرام، فإن كان به نحو ذلك طالبته بفيئة اللسان، بأن يقول: إذا شفيت فئت فإن لم يفِ طالبته بالطلاق (أنوار المسالك ص ٣١٨).

[تَنْبِيْهٌ]: اعتمد المصنف كصاحب الزبد تخيير الزوجة بين أن تطالب بالطلاق أو بالوطء وهو ما جرى عليه الشيخ بن حجر في التحفة والفتح، والإمداد، والإمام الرملي في النهاية والذي اعتمده في المغني كالحاوي أنها تطالبه بالفيئة أولاً فإن امتنع فبالطلاق اهـ (البغية بالمغنى مع زيادة ص٣٨٥).

قال في صفوة الزبد:

حَلِفُهُ أنْ لا يطأ في العمر ... زوجته أو زائدٍ عَنْ أشهر

أربعة فإنْ مضت لها الطلب ... بالوطء في قبل وتكفير وجب

أو بطلاقها فإن أباهما ... طلق فرد طلقة مَنْ حَكَما

فإن جامع فذاك وإلا طلق عليه الحاكم ومتى حلف على أربعة أشهر فما دونها أو كان الزوج عنيناً أو مجبوباً فليس مولياً.

الشرح

(**فإن جامع**) وأدناه أن يغيبَ الحشفةَ في الفرج (**فذاك**) أي فقد أوفاها حقها، وإنما اكتفى بتغييب الحشفة في الفرج لأنَّ سائر أحكام الوطء تتعلق بهذا القدرَ من الجماع، ويشترط في البكر ولو غوراء إذهاب العذرة أي البكارة (شرح التنبيه ج٢/٦٨٤ مع زيادة). (**وإلا طلق عليه الحاكم**) إذا رفعته إليه طلقة واحدة نيابة عنه لأنه لا سبيلَ إلى دوام إضرارها ولا إجباره على الفيئة لأنَّها لا تدخل تحت الإجبار والطلاق يقبل النيابة فناب الحاكم عنه عند الامتناع كما يزوج عن العاضل، ويستوفي الحق من المماطل، فيقول: أوقعت على فلانة من فلان طلقة؛ كما حكي عن الإملاء أوْ حكمت عليه في زوجتهِ بطلقة، فإن قال (أنت طالق) ولم يقل: عن فلان، لم يقع قاله الدارمي في الاستذكار ولم يتعرض له الشيخان (المغني ج٣/٤٤٦).

[تَنْبِيْهٌ]: يطلق الحاكم عن المولي طلقة واحدة فإن زاد عليها لم تقع الزيادة وهذه الطلقة تكون رجعية إذا كان الإيلاء بعد الدخول فإن كان قبل الدخول أو سبق منه قبل الإيلاء طلقتان كانت بائنة (الياقوت ص٦٠١ مع زيادة).

(**ومتى حلف على أربعة أشهر فما دونها**) فليس مولياً ويكون حالفاً لأنَّ المطالبة بالفيئة أو بالطلاق إنما تكون بعد أربعة أشهر، وحينئذ ينحل اليمين.

(**أو كان الزوج عنيناً أو مجبوباً**) أي مقطوع الذكر كله، وكذا إن بقي دون الحشفة (المغني ج٣/٤٣٨)، (**فليس مولياً**) لأنَّه لم يتحقق منه قصد الإضرار والإيذاء لامتناع الأمر في نفسه ولأنَّه يمين على ترك ما لا يقدر عليه فلم يصح

كما لو حَلَفَ لا يصعد السماء (النجم ج٨/٢٨).

[تَنْبِيْهٌ]: ما جرى عليه المصنف رحمه الله في العنين على غ
المعتمد فقد صَرَّحَ في التحفة والمغني والدميري أنه يكون مولياً إذا حلف أن
يطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر، وعبارة المغني (٤٣٨/٣) وأما من جُبَّ ذك
وبقي منه قدر الحشفة فيصح إيلاؤه لإمكان وطئه والأشل كالمجبوب، أ
العاجز عن الوطء لمرض، قال في التتمة: ومنه العنين فيصح إيلاؤه لأنَّ وط
مرجوٌّ.

** ** **

(فصل في الظهار)

وهو لغة: مأخوذ من الظهر، وشرعاً: تشبيه الزوج زوجته في الحرمة
ه (الياقوت ص١٦١)، ولفظ الظهار مشتق من الظهر، وسمي ظهاراً لتشبيه
بظهر الأم، وخص الظهر لأن المركوب يسمى ظهراً لحصول الركوب
وقيل من العلو، قال تعالى: ﴿فَمَا ٱسْطَـٰعُوٓا۟ أَن يَظْهَرُوهُ﴾ أي يعلوه.

وكان طلاقاً في الجاهلية، وقيل: كان أحدهم إذا كره امرأة ولم يرد أن
بغيره آلى منها أو ظاهر فتبقى لا ذات زوج ولا خلية تنكح غيره، فنقل
ع حكمه إلى تحريمها بعد العود ووجوب الكفارة وأبقى محله وهو
حية.

وهو من الكبائر اتفاقاً لقوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ
﴾.

والأصل في الباب: أول سورة المجادلة، وسببها: أن أوس بن الصامت
ر من زوجته خولة بنت ثعلبة على اختلاف في اسمها ونسبها فاشتكت إلى
ل الله ﷺ، فقال لها النبي ﷺ «حرمت عليه، فقالت: انظر في
ي فإني لا أَصبر عنه، فقال ﷺ: حرمت عليه» وكررت وهو يقول
رمت عليه» فلما أيست اشتكت إلى الله تعالى، فأنزل الله تعالى الآيات. رواه
داود وابن ماجة وابن حبان. وروي أنه ﷺ، قال لها «مُرِيْهِ أن يعتق
ة» فقالت: أي رقبة والله لا نجد رقبة وماله من خادم غيري، فقال: «مريه
صم شهرين متتابعين، فقلت والله يا رسول الله ما يقدر على ذلك، إنه ليشرب

الظهار هو أن يشبه امرأته بظهر أمه أو غيرها من محارمه أو بعضو من أعضائها، فيقول: أنت علي كظهر أمي، أو كفرجها أو كيدها فإذا قال ذلك ووجد العود ....

الشرح

في اليوم كذا وكذا مرة، قال: «فمريه أن يطعم ستين مسكيناً» فقالت: أنى له ذلك.

وسورة المجادلة في كل آية منها اسم الله مرة أو مرتين أو ثلاث، وليس في القرآن سورة تشابهها في ذلك، وهي نصف القرآن عدداً وعشره باعتبار الأجزاء (النجم ج٨/٤٧ ـ ٤٨).

(**الظهار هو أن يشبه امرأته بظهر أمه أو غيرها من محارمه**) كجدته وعمته وخالته وبنته (**أو بعضو من أعضائها، فيقول: أنت علي كظهر أمي، أو كفرجها أو كيدها**) أو كبطنها أو كصدرها وكذا كعينها إن قصد ظهاراً وإن قصد كرامة أو أطلق فلا يكون ظهاراً أما إذا قصد الكرامة فظاهر لأنَّ هذا اللفظ يستعمل في الكرامة والإعزاز، وهذا لا خلاف فيه وأما في حالة الإطلاق فالاحتمال الكرامة، وقال أبو حنيفة: إن شبهها بعضوٍ يحرم النظر إليه كالفرج والفخذ كان ظهاراً وإلا فلا.

[تَنْبِيهٌ]: الذي اعتمده الشيخ بن حجر رحمه الله أنَّ تشبيه الزوجة بأعضاء الأم الباطنة كالكبد والقلب لا يكون ذكرها ظهاراً لأنها لا يمكن التمتع بها حتى توصف بالحرمة، وبه صرح صاحب الرونق واللباب واعتمد الشيخ الخطيب في المغني أن حكمها كالأعضاء الظاهرة وقرر الإمام الرملي في درسه أنه يكون كناية (التحفة مع ع ب ج٨/١٧٩مع زيادة)

(**فإذا قال ذلك**) أي ما تقدم من الألفاظ (**ووجد العود**) وسيأتي بيانه في

تته الكفارة وحرم وطؤها حتى يكفر، والعود هو أن يمسكها بعد هار زمناً يمكنه أن يقول لها فيه أنت طالق ولم يقل فإن عقب لهار بالطلاق على الفور طلقت ولا كفارة عليه، ....

الشرح

ن (**لزمته الكفارة وحرم**) عليه (**وطؤها حتى يكفر**)، قال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾، (**والعود**) في غير الموقت وفي رجعية (التحفة ج٨/١٨٣)، (**أن يمسكها بعد الظهار**) الزوجية ولو جهلا (**زمناً يمكنه أن يقول لها فيه أنت طالق ولم يقل**) لأن يهها بالأم يقتضي أن لا يمسكها زوجة فإذا أمسكها زوجة فقد عاد فيما قال العود للقول مخالفته، يقال قال قولاً ثم عاد له أي خالفه ونقضه هذا هو ذهب الجديد في تفسير العود؛ وعن القديم قولان:

أحدهما: أنَّه العزمُ على الوطء لأن كلمة ثم في آية الظهار للتراخي وبهذا مالك وأحمد.

الثاني: أنه الوطء وبه قال أبو حنيفة، وقال داود هو تكرير اللفظ.

ودليلنا: أنه ﷺ لما أمر أوس بن الصامت بالكفارة لم يسأله هل امع أو عزم عليه أو أعاد مثل ما قال أولاً، والأصل عدم ذلك ولأنَّ الله تعالى جب الكفارة قبل المسيس فدل على أنَّ العود سابق عليه، كل هذا في الظهار مؤبد والمطلق أمَّا الموقت فالعود فيه بالوطء في المدة لا بالإمساك على صحيح (النجم ج٨/٥٥).

(**فإن عقب الظهار بالطلاق على الفور طلقت ولا كفارة عليه**) ومثل طلاق ما لو اتصلت بالظهار فرقة بموته أو موتها أو فسخ النكاح بسببه أو بسببها طلق رجعياً ولم يراجع أو جن أو أغمي عليه فلا عود ولا كفارة إذ لم يوجد

العود الذي هو سبب الوجوب أو شرطه (المنهاج مع النجم ج٨/٥٥ بتصرف). قال في الدميري (٨/٥٥) وصور في الوسيط الطلاق بقوله «أنت علي كظهر أمي أنت طالق».

(**والكفارة عتق رقبة**) للنص والإجماع (**مؤمنة**) ولو بإسلام الأبوين ككفارة القتل حملاً للمطلق هنا على المقيد هناك كما حمل الشافعي مطلق قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ على مقيد: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ ووافقنا مالك وأحمد وقال أبو حنيفة: يجوز إعتاق الكافرة إلا في كفارة القتل واختاره المزني، وقال ما أطلقه الله تعالى فهو مطلق، واحتج الشافعي على التقييد بحديث معاوية بن الحكم: أنه سأل رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أن عليه عتق رقبة فهل تعتق عليه هذه الجارية؟ لها رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أين الله» قالت: في السماء، فقال: «من أنا» فقالت: رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «أعتقها فإنها مؤمنة» ولو كان يجزيه غير المؤمنة، لقال: أعتق أي رقبة شئت (النجم ج٨/٦٤ ـ ٦٥). (**سليمة من العيوب التي تضر بالعمل**) ضرراً بيناً لأنَّ القصدَ تكميل حاله ليتفرغ لوظائف الأحرار وذلك متوقف على استقلاله بكفاية نفسه وإلا فيصير كلاً على الناس فيجزي صغير لأنَّه يرجى كبره ويجزي أقرع وأعرج يمكنه تباع مشي وأعور وأصم وأخشم وفاقد أنفه وأذنيه وأصابع رجليه لأنَّ هذه الأشياء لا تضر بالعمل إضراراً بيناً (النجم ج٨/٦٥ ـ ٦٦ بتصرف كثير).

(**فإن لم يجد**) الرقبة وقت الأداء أو كان عبداً إذ لا يكفر إلا بالصوم إذ لا يملك وليس لسيده تحليله هنا وإن أضره الصوم لتضرره بدوام تحريم الوطء (التحفة ج ٨/١٩٨).

فصيام شهرين متتابعين فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً كل مسكين مداً من قوت البلد حباً بالنية.

الشرح

(**فصيام شهرين متتابعين**) للآية فلو تكلف الإعتاق بالاستقراض وغيره أجزأه على الأصح لأنه ترقى إلى الرتبة العلياء؛ ولو شرع المعسر في الصوم ثم أيسر لم يلزمه الإعتاق خلافاً لأبي حنيفة والمزني وبعض الأصحاب، ولو صام ثم بان أنه ورث رقبة ولم يعلم بها اعتد بصيامه اعتباراً بظنه لا بما في نفس الأمر، ولو نسيها في ملكه ثم صام لم تجزئه للفرق بين الجاهل والناسي (النجم ج٨/٧٦).

(**فإن لم يستطع**) الصوم لهرم أو مرض، قال الأكثرون لا يرجى زواله أو لحقه بالصوم مشقة شديدة أو خافَ زيادة مرض (المنهاج مع تصرف في العبارة ص٤٣٩).

(**فإطعام ستين مسكيناً**) لقوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ أو فقيراً لأنَّه أشد حاجة من المسكين، فلو كان بعضهم فقيراً وبعضهم مسكيناً جاز إجماعاً ولا فرق في ذلك بين السائل والمتعفف، فلو دفعها إلى مسكين واحد في ستين يوماً لم يجز خلافاً لأبي حنيفة (النجم ج٨/٧٩).

(**كل مسكين مداً من قوت البلد**) وهو رطل وثلث بالبغدادي (**حباً**) مجزئاً في الفطرة (**بالنية**) كالزكاة، ويكفيه في النية أن ينوي العتق أو الصوم أو الإطعام عن الكفارة عند التلفظ أو التبييت أو الصرف إلى المساكين ولا يحتاج إلى نية الوجوب لأن الكفارة لا تكون إلا واجبة ولا إلى تعيين سببها من ظهار أو صوم أو قتل أو يمين كما لا يجب تعيين المال المزكى (شرح التنبيه ج٢/٦٩٣ - ٦٩٤).

[خاتمة]

إذا عجز عن الخصال الثلاث استقرت الكفارة في ذمته على الأصح وإن عجز عن العتق والصوم ولم يملك إلا ثلاثين مداً أو مداً واحداً لزمه إخراجه بلا خلاف إذ لا بدل له وإِنْ وجد بعض مد ففيه احتمالان للإمام النووي، وينبغي أن يجزم بوجوب إخراجه.

وإذا اجتمع عليه كفارتان ولم يقدر إلا على رقبة أعتقها عَنْ إحداهما وصام عن الأخرى إنْ قَدَرَ وإلا أطعم اهـ (النجم ج٨/٨١).

** ** **

باب العدة

من طلق امرأته قبل الدخول فلا عدة عليها وإن طَلَّقَ بعده لزمتها العدة سواء...

الشرح

(باب العدة)

هي لغة: مأخوذة من العدد، وشرعاً: مدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوج (الياقوت ص١٦٥)، وشرعت صيانةً للأنساب وحفظاً لها من الاختلاط رعاية لحق الزوجين والولد والمغلب فيها التعبد بدليل أنها لا تنقضي بقرء واحد مع حصول البراءة به.

والأصل فيها الإجماع والآيات والأخبار الآتية في الباب (النجم ج٨/١٢٣ مع زيادة من المغني). **(من طلق امرأته قبل الدخول)** بها **(فلا عدة عليها)** ولو بعد الخلوة بها في الجديد لقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾؛ وفي القديم قولان أحدهما: أن الخلوة توجبها لقول عمر وعلي: إذا أغلقَ باباً وأرخى ستراً فلها الصداق كاملاً وعليها العدة.

والثاني: أنها توجب ترجيح قول مدعي الوطء (النجم ج٨/١٢٤ - ١٢٥).

وقال أبو حنيفة (الخلوة كالإصابة في استقرار المهر لها وإيجاب العدة)

وقال مالك: (للخلوة تأثير في أنَّه يقوى بها قول من يدعي الإصابة منهما دون استقرار المهر لها وإيجاب العدة) (البيان ج١١/٧ - ٨).

(وإن طَلَّقَ بعده لزمتها العدة) لمفهوم الآية السابقة و**(سواء)** فيما ذكر من

كان الزوجان صغيرين أو بالغين أو أحدهما بالغاً والآخر صغيراً والمراد بالدخول الوطء فلو خلا بها ولم يطأها ثم طلق فلا عدة وإذا وجبت العدة فإن كانت حاملاً انقضت العدة بوضعه ....

الشرح

وجوب العدة بعد الوطء وعدمه عند عدمه (**كان الزوجان صغيرين**) أي غير بالغين (**أو بالغين أو أحدهما بالغاً والآخر صغيراً**) وإن كان الصغير في سن لا يولد له لعموم الأدلة، لأنَّ الإنزالَ الذي به العلوق خفي يعسر تتبعه فأعرض الشرعُ عنه واكتفى بسببه وهو الوطء أو إدخال المني كما في الترخص بالسفر وأَعْرَضَ عن المشقة (المشكاة ص٢٤٠).

(**والمراد بالدخول الوطء**) ولو في الدبر ومثله استدخال المني حلالاً أو شبهة كأن تظنه مني زوجها بشرط كونه محترماً لأنَّه أقربُ إلى العلوق من مجرد الإيلاج، وقول الأطباء المني إذا ضربه الهوى لا ينعقد منه الولد غايته ظنٌّ وهو لا ينافي الإمكان وخرج بالمحترم غيره بأن ينزل الزوج منيه من زنا فتدخله الزوجة فرجها قال الأذرعي ومثله خروجه بمباشرة أجنبية أو باستمنائه (المشكاة ص٢٤١).

[تَنْبِيْهٌ]: يشترط لجعل إدخال المني كالوطء عند الشيخ ابن حجر كونهُ محترماً حال الخروج وحال الاستدخال وعند الشيخ الرملي كونه محترماً حال الخروج وإن لم يكن محترماً حال الدخول وذلك كما لو احتلم الزوج وأخذت الزوجة منيه وأدخلته فرجها ظانة أنه مني أجنبي فإنَّ هذا غير محترم حال الدخول وإن كان محترماً حال الخروج (التحفة ج٨/٢٣١). (**فلو خلا بها ولم يطأها ثم طلق فلا عدة**) لما تقدم (**وإذا وجبت العدة**) على المرأة بفسخ أو طلاق ففيها تفصيل أشار إليه المصنف بقوله (**فإن كانت حاملاً انقضت العدة بوضعه**) أي

بشرطين: أحدهما أن ينفصل جميع الحمل حتى لو كان ولدين أو أكثر اشترط انفصال الجميع سواء انفصل حياً أو ميتاً كامل الخلقة أو مضغة لم تتصور وشهد القوابل أنها مبدأ خلق آدمي ومتى كان بين الولدين دون ستة أشهر فهما توأمان. ....

الشرح

الحمل وإن لم يظهر إلا بعد عدة أقراء أو أشهر لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ ولأن الأقراء أو الأشهر إنما يدلان على البراءة ظناً والحمل يدل عليها قطعاً (المشكاة ص٢٤٢).

(**بشرطين: أحدهما أن ينفصل جميع الحمل**) فلا أثر لخروج بعضه متصلاً أو منفصلاً لظاهر الآية ولأنَّه لا يحصل به براءة الرحم (المشكاة ص٢٤٢ ـ ٢٤٣). (**حتى لو كان**) الحمل (**ولدين أو أكثر اشترط انفصال الجميع**) فلو خرج أحدهما وبقي الآخر لم تنقض العدة إلا بوضعه وهذا إذا كانَ بين وضعهما دون ستة أشهر فإن كان ستة أشهر فأكثر فالثاني حمل آخر فتنقضي العدة بالأول (المشكاة ص٢٤٢ ـ ٢٤٣).

(**سواء**) في الانقضاء بالوضع (**انفصل حياً أو ميتاً كامل الخلقة**) أو ناقصها كأن لم يوجد فيه إلا عين أو ظفر (**أو مضغة لم تتصور**) أي لم يكن فيها شيء من صورة الآدمي (**وشهد القوابل**) أي أربع أو رجلان أو رَجُلٌ وامرأتان (الجمل ج٤/٤٤٦).

(**أنها مبدأ خلق آدمي**) لحصول براءة الرحم بها، ولابدَّ أن تكون الشهادة بطريقة الجزم فلو شكت القوابل أنها أصل آدمي لم تنقض بوضعها قطعاً (ع ب على التحفة ج٨/٢٤١مع زيادة من المشكاة)، (**ومتى كان بين الولدين دون ستة أشهر فهما توأمان**) لا تنقضي العدة إلا بوضعهما.

ولا حد لعدد الحمل فيجوز أن تضع المرأة في حمل واحدٍ أربعة أولاد أو أكثر من ذلك.
الثاني: أن يكون الولد منسوباً إلى من له العدة فلو حملت من زنا أو وطء شبهة لم تنقض عدة المطلق به بل في حمل وطء الشبهة تستقبل عدة المطلق بعد الوضع، ....

الشرح

(ولا حد لعدد الحمل فيجوز أن تضع المرأة في حمل واحدٍ أربعة أولاد أو أكثر من ذلك) قال السيد عمر بن محمد بركات: فقد حكى القاضي حسين أنه وجد خمسة أولاد في بطن واحد، وقال الشافعي رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أخبرني شيخ باليمن أنه ولد له خمسة أولاد في بطن واحد، وعن بعضهم أنه قال: في امرأة من الأنبار ألقت كيساً فيه اثنا عشر ولداً، وحكى في المطلب عن محمد بن الهيثم عن زوجة كانت لسلطان بغداد وضعت كيسا فيه أربعون ولداً وأنهم عاشوا وركبوا الخيل وقاتلوا مع أبيهم (فيض الإله المالك ج٢/٤٦٢).

والشرط (الثاني: أن يكون الولد منسوباً إلى من له العدة) من زوج أو واطئ بشبهة ولو احتمالاً كالمنفى باللعان، وهو حمل لأنَّ نفيه عنه غير قطعي لاحتمال كذبه، ومن ثم لو استلحقه لحقه، أمَّا إذا لم يمكن كونه منه كصبي لم يبلغ تسع سنين وممسوح ذكره وأنثياه مطلقاً أو ذكره فقط، ولم يمكن أن تستدخل منيه وإلا لحقه وإن لم يثبت الاستدخال (التحفة ج٨/٢٣٩).

(فلو حملت) المزوجة (من زنا أو وطء شبهة) ثم طلقها الزوج أو فارقها بفسخ أو موت (لم تنقض عدة المطلق به بل في حمل وطء الشبهة) والنكاح الفاسد (تستقبل عدة المطلق بعد الوضع) ولا يجوز أن تعتد له قبل الوضع لا بالشهور ولا بالأقراء سواء كانت تحيض على الحمل أم لا لأنها معتدة بالحمل

وكذا في حمل الزنا إن لم تحض على الحمل فإن حاضت على الحمل انقضت بثلاثة أطهار منه وأقل مدة الحمل ستة أشهر..................

الشرح

عمن أَلْحَقَ به فلم يجز أن تعتد عن الزوج وهي مشغولة بعدة غيره وإنما قدمت عدة الحمل لأنّها لا تقبل التأخير سابقاً كانَ أو لاحقاً (المشكاة ص٢٤٤).

(**وكذا في حمل الزنا**) إذا كانت من ذوات الأقراء (**إن لم تحض على الحمل**) أي فتعتد للزوج بالأقراء بعد الوضع (**فإن حاضت على الحمل**) من الزنا (**انقضت**) العدة (**بثلاثة أطهار منه**) في الحرة وقرأين في غيرها ولو قبل الوضع لأن الحامل تحيض على المذهب وحمل الزنا كالمعدوم شرعاً.

وكذات الأقراء الأشهر فتنقضي عدتها بها مع حمل الزنا، ولو نكح حاملاً من الزنا صح نكاحه قطعاً ويجوز له وطؤها قبل الوضع إذ لا حرمة له (المشكاة ص٢٤٤ ـ ٢٤٥).

[تَنْبِيهٌ]: اعتمد المصنف رحمه الله تعالى أنَّ الحامل من الزنا إذا طلقت ولم تحض أثناء الحمل أنها تستقبل عدة المطلق بعد الوضع وليس كذلك بل إذا مضت عليها أثناء الحمل ثلاثة أشهر انقضت عدتها بها، قال العلامة ابن حجر في فتح الجواد (٢٠١/٢): ولو وقعت الفرقة في زمن حمل زنا بأن فورقت وهي حامل منه أو زنت فحملت أثناء العدة فتنقضي بالأطهار أو الأشهر التي في زمنه إذ الحامل تحيض وهو لا حرمة له اهـ، ومثله في المشكاة للعلامة عبد الله بن عمر بامخرمة وكذا في إعانة المبتدين للعلامة عبد الله بن عمر العمودي.

(**وأقل مدة الحمل ستة أشهر**) لأن عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أتى بامرأة قد ولدت لستة أشهر فشاور القوم في رجمها، فقال ابن عباس أنزل الله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾، وأنزل: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾، فالفصل في عامين

وأكثره أربع سنين وإن لم تكن حاملاً فإن كانت ممن تحيض اعتدت بثلاثة قروء، القروء: الأطهار ويحسب لها بعض الطهر طهراً كاملاً فإن طلقها فحاضت بعد لحظة انقضت بمضي طهرين آخرين والشروع في الحيضة الثالثة...

الشرح

والحمل في ستة أشهر فرجعوا إلى قوله فصار إجماعاً.

(**وأكثره أربع سنين**) للاستقراء فقد قال الإمام مالك: هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق وحملت ثلاثة أبطن في اثني عشرة سنة كل بطن في أربع سنين اهـ غاية البيان للرملي ص (١٠٠). (**وإن لم تكن حاملاً فإن كانت ممن تحيض**) وكانت حرة (**اعتدت بثلاثة قروء**) لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾.

(**القروء الأطهار**) **والقرء** لغة: يطلق على الحيض والطهر، ولكن المراد هنا الطهر لقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ أي في زمنها وهو زمن الطهر إذ الطلاق في الحيض يحرم كما مر في باب الطلاق وزمن العدة يعقب زمن الطلاق والطهر المعتبر هو المحتوش بدمين دمي حيضين أو حيض ونفاس فيمن قد عرفت الحيض قبل هذا النفاس فلو طلق من لا تعرف الحيض فطهرت لم يحسب طهرها المتقدم قرءاً لما ذكر (المشكاة ص٢٤٥ ـ ٢٤٦)، (**ويحسب لها بعض الطهر**) وإن قل (**طهراً كاملاً**) لأنَّ بعض الطهر يصدق عليه اسم قرء (**فإن طلقها فحاضت بعد لحظة انقضت**) عدتها (**بمضي طهرين آخرين والشروع في الحيضة الثالثة**) وتحسب تلك اللحظة من بقية الطهر قرءاً لأنه يسمى بعض القرء مع قرأين كاملين ثلاثة أقراء، وقد قال تعالى: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ﴾ والمراد شوال، وذو القعدة، وبعض ذي الحجة، ثم اللحظة في الحيضة الثالثة ليست من العدة بل هي يتبين بها انقضاء العدة فلا تصح رجعتها فيها ويصح نكاحها

إن طلق في الحيض فلا بد من ثلاثة أطهار كوامل فإذا شرعت في الحيضة الرابعة انقضت ولا فرق بين أن يتقارب حيضها أو يتباعد مثال التقارب أن تحيض يوماً وليلة وتطهر خمسة عشر يوماً فإذا طلقت في آخر الطهر انقضت عدتها باثنين وثلاثين يوماً ولحظتين، أو في آخر حيض فسبعة وأربعين يوماً ولحظة.........................

الشرح

ها فلو انقطع الدم لدون يوم وليلة ولم يعد قبل خمسة عشر يوماً تبين أن العدة لم تنقض (المشكاة ص٢٤٦ ـ ٢٤٧).

(**وإن طلق في الحيض فلا بد من ثلاثة أطهار كوامل فإذا شرعت في الحيضة الرابعة انقضت**) عدتها وزمن الشروع في الحيضة الرابعة ليس مِنْ العدة بل يتبين به انقضاء عدتها (المشكاة ص٢٤٧).

(**ولا فرق بين أن يتقارب حيضها أو يتباعد فمثال التقارب أن تحيض يوماً وليلة وتطهر خمسة عشر يوماً فإذا طلقت في آخر الطهر انقضت عدتها باثنين وثلاثين يوماً ولحظتين**) لإمكان أن يكون الباقي من الطهر الذي طلقت فيه لحظة فيحسب قرءاً وتحيض بعده يوماً وليلة ثم تطهر خمسة عشر يوماً ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر خمسة عشر يوماً ثم تطعن في الحيض لحظة أخرى وهذه اللحظة هنا وفيما يأتي ليست من العدة وإنما هي لاستبانة القرء الثالث فلا تصح الرجعة فيها (المشكاة ص٢٧٦).

(أو) طلقت (**في آخر حيض فسبعة وأربعين يوماً ولحظة**) ويتصور ذلك بأن تطلق آخر حيضها أو نفاسها ثم تطهر وتحيض أقلهما ثم تطهر وتحيض كذلك ثم تطهر وتحيض كذلك ثم تطعن في الحيض لحظة ولا يحتاج هنا للحظة الأولى لأنَّها ليست من العدة وكذلك اللحظة الأخيرة ليست من العدة

وهو أقل الممكن في الحرة، ومثال التباعد أن تحيض خمسة عشر يوماً وتطهر سنة مثلاً أو أكثر فلابد من الأطهار الثلاثة وإن قامت سنين وإن كانت ممن لا تحيض لصغرٍ أو يأس اعتدت بثلاثة أشهر وإن كانت ممن تحيض فانقطع دمها لعارض كرضاع ونحوه ....

الشرح

كما تقدم (النقول الصحاح مع المشكاة ص٢٧٧ ـ ٢٧٨).

(**وهو أقل الممكن في الحرة**) أما الأمة فأقل الإمكان في حقها إن طلقت في طهر ستة عشر يوماً ولحظتان أو طلقت في حيض فأقل الإمكان أحد وثلاثون يوماً ولحظةً (العدة والسلاح مع المشكاة ص٢٧٨ ـ ٢٧٩).

[تَنْبِيْهٌ]: قال في التحفة (١٥٢/٨) لو لم يعلم هل طلقت في الحيض أو الطهر حمل على الحيض كما صوبه الزركشي خلافاً للماوردي لأنَّه الأحوط ولأنَّ الأصل بقاء العدة اهـ.

(**ومثال التباعد أن تحيض خمسة عشر يوماً وتطهر سنة مثلاً أو أكثر فلابد من الأطهار الثلاثة وإن قامت**) على انتظارها (**سنين**) عديدة (**وإن كانت ممن لا تحيض**) إما (**لصغرٍ أو يأس**) أو كبيرة لم تحض أصلاً ولم تبلغ سن اليأس أو كانت متحيرة (**اعتدت بثلاثة أشهر**) هلالية إن انطبق طلاقها على أول الشهر فإن طلقت في أثناء شهر فبعده هلالان ويكمل المنكسر ثلاثين يوماً من الشهر الرابع، قال ابن بنت الشافعي إذا انكسر شهر انكسر الجميع فتعتد بتسعين يوماً (النجم ج١٣١/٨).

(**وإن كانت**) المطلقة (**ممن تحيض فانقطع دمها لعارض**) ظاهر يعرف (**كرضاع ونحوه**) كنفاس ومرض وداء باطن ونحوها (المشكاة ص٢٤٨ - ٢٤٩).

أو بلا عارض ظاهر صبرت إلى سن اليأس من الحيض ثم تعتد بثلاثة أشهر هذا كله في عدة الطلاق فإن توفى عنها زوجها ولو في خلال عدة الرجعية فإن كانت حاملاً اعتدت بالوضع ....

الشرح

(أو بلا عارض ظاهر صبرت) إلى أن ترى الحيض أو (إلى سن اليأس من الحيض) ولامبالاة بطول حبسها قبله لأن الأشهر إنما شُرِعَتْ للتي لم تحض وللآيسة وهذه غيرهما (المشكاة ص٢٤٨ ـ ٢٤٩). (ثم تعتد بثلاثة أشهر) هذا هو المعتمد في المذهب وفي القديم وهو مذهب مالك وأحمد تتربص تسعة أشهر ثم تعتد بثلاثة أشهر ليعرف فراغ الرحم إذ هي غالب مدة الحمل وانتصر له الشافعي بأنَّ عمر قضى به بين المهاجرين والأنصار ولم ينكر واختاره البلقيني وأفتى به جمع متأخرون فإن قضى به شافعي لرجحانه عنده أو مساواته الجديد أو ضرورة كالاحتياج للنفقة وفيه أهلية الترجيح نفذ قضاؤه، ويجوز الإفتاء لمن هو كذلك مع بيان أنه ليس من مذهب الشافعي ليقلد المستفتي ذلك (النقول الصحاح ص٢٤٩)

[تَنْبِيْهٌ]: اختلفوا في سن اليأس على ستة أقوال، أشهرها: ما تقدم وهو اثنان وستون سنة، وقيل ستون، وقيل خمسون، وقيل سبعون، وقيل خمسة وثمانون، وقيل تسعون، وقيل غير العربية لا تحيض بعد الخمسين، ولا تحيض بعد الستين إلا قرشية والله أعلم (المغني ج٣/٤٩٤).

(هذا كله) أي التفصيل المتقدم (في عدة الطلاق) وما في معنى الطلاق كالفسخ ثم شرع المصنف في بيان عدة المتوفى عنها زوجها، فقال (فإن توفى عنها زوجها ولو في خلال) أي أثناء (عدة الرجعية) ففيه تفصيل أشار له المصنف رحمه الله تعالى بقوله (فإن كانت حاملاً اعتدت بالوضع) أي بوضع

كما تقدم وإلا فبأربعة أشهر وعشرة أيام سواء كانت ممن تحيض أم لا
هذا كله في الحرة أما إذا كانت زوجته أمة ولو مبعضة فالحامل بالوضع
وغيرها ممن تحيض بطهرين ومن لا تحيض بشهر ونصف ....

الشرح

الحمل بالشرطين الماضيين (**كما تقدم**) في عدة المطلق الحامل (**وإلا**) إذا لم تكن حاملاً أو لم توطأ أصلاً (**فبأربعة أشهر**) هلالية وتكمل المنكسر بالعدد وقيل إذا انكسر شهر اعتبر الجميع بالعدد.

(**وعشرة أيام**) بلياليها لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾، (**سواء كانت ممن تحيض أم لا**) فتستوي فيها الصغيرة والكبيرة وذات الأقراء وغيرها والمدخول بها وغيرها أخذاً بإطلاق الآية (**هذا كله في الحرة**) وإن كان زوجها عبداً. (**أما إذا كانت زوجته**) أي صاحب العدة (**أمة ولو مبعضة فالحامل بالوضع**) أي بوضع الحمل بالشرطين الماضيين سواء كانت مطلقة أو متوفى عنها (**وغيرها**) أي غير الحامل فإمَّا أن تكون مطلقة أو متوفى عنها فإن كانت مطلقة وكانت (**ممن تحيض**) انقضت عدتها (**بطهرين**) لأنها على النصف من الحرة في كثير من الأحكام وإنما كملت القرء الثاني لتعذر تبعيضه كما في طلاق العبد إذ لا يظهر نصفه إلا بظهور كله فلا بد من الانتظار إلى أن يعود الدم (المشكاة ص٢٥١).

ولو وطئ أمة لغيره يظنها زوجته الأمة اعتدت بقرءين اعتباراً باعتقاده ولأن أصل الظن يؤثر في أصل العدة فجاز أن يؤثر خصوصه في خصوصها، وإن ظنها زوجته الحرة اعتدت بثلاثة أقراء اعتباراً باعتقاده (**ومن لا تحيض**) كالصغيرة والآيسة (**بشهر ونصف**) تنقضي عدتها، والأولى أن تعتد الأمة بشهرين وفي قول عدتها ثلاثة أشهر ورجحه جمع لعموم الآية قال ابن قاسم

وفي الوفاة بشهرين وخمسة أيام ومن وطئت بشبهة تعتد من الوطء كالمطلقة، ويلزم المعتدة ملازمة المنزل ....

الشرح

مغزي وهو الأحوط كما قال الشافعي وعليه جمع من الأصحاب (البيجوري ج٢/١٧٨).

ثم أشار المصنف لعدة الوفاة للأمة الحامل بقوله (**وفي الوفاة بشهرين وخمسة أيام**) لأنّها على النصف من الحرة وهو ممكن القسمة كما مر في الاعتداد بالشهور (المغني ج٣/٥٠٤).

[فرع] عدة الوفاة وغيرها تختص بالنكاح الصحيح فلو نكح فاسداً فإن مات قبل الدخول فلا عدة وإن جرى دخول ثم مات أو فرق القاضي بينهما تعتد للدخول كما تعتد عن وطء الشبهة (النجم ج٨/١٥١).

(**ومن وطئت بشبهة**) أو استدخلت ماءً محترماً على ظن أنه ماء زوجها (المشكاة ص٢٥٢)، (**تعتد**) وجوباً لأن الوطء بشبهة كالنكاح في لحوق النسب فكان مثله في إيجاب العدة (المشكاة ص٢٥٢) (**من الوطء**) أي من حين الوطء (**كالمطلقة**) ونحوها في جميع الأحكام من الفرق بين الحرة والأمة وغير ذلك (المشكاة ص٢٥٢).

(**ويلزم المعتدة**) بطلاق بائن بخلع أو ثلاث حاملاً كانت أو حائلاً (**ملازمة المنزل**) الذي كانت فيه عند الفراق فليس للزوج أو غيره إخراجها ولا لها خروج منه وإن رضي به الزوج لأنَّ العدة حق الله تعالى والحق الذي لله تعالى لا يسقط بالتراضي، وقد قال تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾، قال ابن عباس: أيْ بالبذاءة على أهل الزوج، ولخبر فريعة بضم الفاء بنت مالك أخت أبي سعيد الخدري أنَّ زوجها

فأما الرجعية ففي حكم الزوج لا تخرج إلا بإذنه، ويجوز للبائن وللمتوفى عنها زوجها أن تخرج بالنهار لقضاء حاجتها ....

الشرح

قتل، فسألت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن ترجع إلى أهلها وقالت إن زوجي لم يتركني في منزلٍ يملكه فأذن لها في الرجوع قالت: فانصرفت حتى إذا كنت في الحجرة أو في المسجد دعاني فقال: «امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله»، قالت: فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشرا، صححه الترمذي وغيره.

[تَنْبِيْهٌ]: خرج بالبائن بخلع أو ثلاث الرجعية فللزوج أن يسكنها حيث شاء لأنها في معنى حكم الزوجة كذا في المهذب والبيان وغيرهما من كتب العراقيين وجرى عليه الإمام النووي في نكت التنبيه والذي ذكره الإمام أنها كالبائن وحكاه المطلب عن نصه في الأم، قال السبكي وهو أولى والأذرعي أنَّه المذهب المشهور وصَوَّبه الزركشي واعتمده الشيخ زكريا في شرح المنهج والشيخ ابن حجر في التحفة والخطيب في المغني وعبارة التحفة وليس لزوج وغيره إخراجها ولو رجعية كما أطلقه الجمهور ونص عليه في الأم واعتمده الإمام، وجمع متأخرون بل قال الأذرعي خلافه شاذ لكن العراقيون على أنَّ له إسكانها حيث شاء لأنَّها كالزوجة، وجزم به المصنف في نكته واعتمده الأسنوي وغيره اهـ (المشكاة مع النقول الصحاح ص٢٦٣ - ٢٦٤).

(**فأما الرجعية ففي حكم الزوج لا تخرج إلا بإذنه**) كالزوجة إذ عليه القيام بكفياتها (**ويجوز للبائن**) وكذا للمفسوخ نكاحها (**وللمتوفى عنها زوجها**) ومَنْ في عدة وطء شبهة ونكاح فاسد (**أن تخرج بالنهار لقضاء حاجتها**) كشراء طعام وقطن وكتان وبيع غزل للحاجة إلى ذلك ولقول جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «**طلقت خالتي ثلاثاً فخرجَتْ تجد نخلاً لها فنهاها رجل، فأتت النبي** صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ **فذكرت ذلك له**»، فقال «**اخرجي وجذي نخلك فلعلك أن تتصدقي منه أو تفعلي خيراً**» رواه مسلم

أداء الحقوق، وتجب العدة في المسكن الذي طلقها فيه ولا يجوز نقلها منه إلا لضرورة إما لخوف أو منع مالكه..............

الشرح

أبو داود واللفظ له، قال الإمام الشافعي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: ونخل الأنصار قريب من منازلهم والجذاذ لا يكون إلا نهاراً غالباً (المشكاة ص٢٦٥). وضابط المعتدة التي يجوز لها الخروج: كل معتدة لا تجب نفقتها ولم يكن لها من يقضيها حاجتها (البيجوري ج٢/١٨٢).

(**وأداء الحقوق**) كقضاء دين عليها ورد وديعة عندها (**وتجب العدة في المسكن الذي طلقها فيه**) إنْ لاق بها حينئذ وأمكن بقاؤها فيه لاستحقاقه منفعته (التحفة ج٨/٢٦١).

[تَنْبِيهٌ]: لو انتقلت الزوجة ببدنها لا بالمتاع إلى مسكن للزوج في بلد بإذنه فوجبت العدة بموت أو طلاق قبل وصولها إليه وبعد مفارقة الأول اعتدت وجوباً في المسكن الثاني وإن كان أبْعَد إليها من الأول، أما إذا انتقلت إلى المسكن الثاني بغير إذن الزوج ففي الأول يلزمها الاعتداد وإن وجبت العدة بعد وصولها للثاني لعصيانها بذلك نعم إن أذن الزوج بعد وصولها إليه في المقام به كان كالنقلة بإذنه، وكذا تعتد في الأول لو أذن لها في النقلة منه ثم وجبت العدة قبل الخروج منه (التحفة ج٨/٢٦٤ بتصرفٍ).

(**ولا يجوز نقلها منه إلا لضرورة**) والضرورة المجوزة للخروج هي (**إما لخوف**) على نفسها أو نحو ولدها أو مال ولو لغيرها كوديعة وإن قل أو اختصاص كذلك فيما يظهر (التحفة ج٨/٢٦٢).

(**أو منع مالكه**) أي المسكن بأن كان مستعاراً أو مكترى وانقضت مدة المكترى ومنع المالك من بقائهما بيد الزوج بأن رجع المعير وَلم يرض بإجارته

أو كثرة تأذيها بجيرانها أو أقارب زوجها أو تأذيهم بها فتنتقل إلى أقرب مسكن إليه ويحرم على المطلّق الخلوة بها في العدة ومساكنتها ....

الشرح

بأجرة المثل وامتنع المكتري من تجديد الإجارة بأجرة المثل كذلك (شرح المنهج ج٤/٤٦٥ ـ ٤٦٦ بالمعنى).

(**أو كثرة تأذيها بجيرانها**) أذى شديداً أي لا يحتمل عادة فيما يظهر ولا عبرة بالأذى القليل إذْ لا يخلو منه أحد (التحفة مع ع ب ص٢٦٢ ـ ٢٦٣).

(**أو أقارب زوجها أو تأذيهم بها**) أذى شديداً كذلك.

(**فتنتقل**) لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ فسرت بالبذاءة على الإحماء وغيرهم كما رواه الشافعي وغيره ثم محله ما إذا كانت الدار تسعُ جميعهم أما لو كانت تسعها فقط نقلوا دونها وكذلك لو بذؤاهم عليها فإنهم ينقلون دونها وإنْ اتسع الدار، وخرج بالإحماء والجيران أبواها فإنه لا نظر إلى تأذيهما بها وعكسه لأنَّ الوحشة لا تطول بينهم (المشكاة ص٢٧١) وحيث جاز نقلها فتكون، (**إلى أقرب مسكن إليه**) لأنَّه أقرب إلى موضع الوجوب كما في نقل الزكاة، قال الشيخان وظاهر كلامهم أن رعاية هذا القرب واجبة واستبعدها الغزالي وتردد في الاستحباب انتهى (المشكاة ص٢٧١) ورجح السبكي تبعاً للإمام عدم الوجوب وجرى عليه الأذرعي وحمل كلام الأصحاب على الاستحباب (المشكاة ص٢٧١).

(**ويحرم على المطلق الخلوة بها في العدة**) كما يحرم عليه الخلوة بالأجنبية بل هذه أشد من الأجنبية لحصول الألفة السابقة فهي إلى الفتنة أقرب من الأجنبية (فيض الإله المالك ج٢/٤٧٣).

(**و**) يحرم على المطلق أيضاً (**مساكنتها**) ومداخلتها ويعصي بذلك لقوله

إلا أن يكون كل منهما في بيت بمرافقه.

الشرح

تعالى: ﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ﴾ أراد بذلك المسكن ولأنَّه يؤدي إلى الخلوة بها وهي محرمة وسواء كانت بائناً أو رجعية (النجم ج٨/١٧٦).

(**إلا أن يكون كل منهما في بيت**) أي غرفة (**بمرافقه**) من المطبخ والمستراح والمصعد إلى السطح وممر وأغلق باب بينهما أو سد وإن لم يوجد محرم لانتفاء المحذور لكنه يكره لأنه لا يؤمن معه النظر، وكذا يجوز مساكنتها في دار واسعة مع مميز بصير محرم لها ذكراً كان أو أنثى أو مع مميز بصير محرم له بشرط أن يكون أنثى أو حليلة مِنْ زوجة أو أمة وإن لم تنفرد بمرافق ومستراح وممر وغير ذلك (شرح المنهج ج٤/٤٦٦ ـ ٤٦٧ بالمعنى).

[تَنْبِيهٌ]: إذا أحرمت المرأة بإذن زوجها ثم طلقها أو مات فإن كان الوقت ضيقاً بحيث تخاف فوت الحج إن أقامت لأجل العدة مضت في الحج وإن كان واسعاً أتمت العدة ثم أتمت الحج، وقيل لها الخيار بين أن تمضي وبين أن تقيم حتى تنقضي العدة ثم تخرج لأداء النسك وصححه الشيخان، وإن وجبت العدة ثم أحرمت أتمت العدة بكل حال ضاق الوقت أو اتسع لأنها أسبق فإن فاتها الحج بإتمام العدة تحللت بعمل عمرة وقضتهُ انتهى، ما أردت نقله من التنبيه وشرحه للعلامة السيوطي (٧٣١/٢)، ومثل هذا التفصيل في المغني والنهاية. والله أعلم.

** ** **

باب الإحداد

ويجب الإحداد في عدة الوفاة ويندب في البائن ويحرم على ميت غير الزوج أكثر من ثلاثة أيام ....

الشرح

(باب الإحداد)

(ويجب الإحداد في عدة الوفاة) وإن كانت الزوجة حاملاً أو حائلاً كاملةً أو ناقصةً للخبر المتفق عليه «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً» أي فإنه يحل لها الإحداد عليه هذه المدة أي يجب لأنَّ مَا جَازَ بعدَ الامتناع وَجَبَ، وللإجماع على إرادته إلا ما حكي عن الحسن البصري (التحفة مع ع ب ج٨/٢٥٤ ـ ٢٥٥).

[تَنْبِيْهٌ]: التقييد بإيمان المرأة جري على الغالب لأنَّ غيرها ممن لها أمان يلزمها الإحداد وكذا الأربعة الأشهر وعشر فإن ذلك في الحائل، وأما الحامل فتحد مدة بقاء حملها (المغني ج٣/٥٠٧). **(ويندب)** الإحداد **(في البائن)** بخلع أو ثلاث أو فسخ لئلا يفضي تزينها لفسادها وفي قول يجب (التحفة ج٨/٢٥٥)، عليها كالمتوفى عنها وبه قال أبو حنيفة لأنها بائن معتدة عن نكاح فأشبهت المتوفى عنها (النجم ج٨/١٥٨).

[تَنْبِيْهٌ]: سَكَتَ المصنف عن إحداد الرجعية والذي اعتمده في التحفة والنهاية والمغني ندب الإحداد لها وهو المنقول عن الشافعي (التحفة مع ع ب ج٨/٢٥٥). **(ويحرم)** الإحداد **(على ميت غير الزوج أكثر من ثلاثة أيام)** بقصد الإحداد فلو تركت ذلك بلا قصد لم تأثم وإنما حرم عليها الزيادة عليها لأن في تعاطيه إظهار عدم الرضا بالقضاء والأليق بها التقنع بجلباب الصبر (النجم ج٨/١٦٤ مع زيادة).

الشرح

[تنبيهان] الأول: يجوز عند العلامة ابن حجر للمرأة المزوجة وغيرها الإحداد على أجنبي ثلاثة أيام فأقل حيث لا ريبة ويمتنع عند الشيخ الخطيب الرملي الإحداد عليه مطلقاً ولو ساعة (التحفة ج٨/٢٥٩). الثاني: قال في التحفة بحث الإمام أنَّ للرجل التحزن مدة الثلاثة ورده ابن الرفعة بأن ذلك إنما شرع للنساء لنقص عقلهن المقتضي لعدم الصبر مع أن الشرعَ ألزمهن بالإحداد دون الرجال وبفرض صحة كلام الإمام فمحله في تحزن بغير تغيير ملبوس ونحوه وإلا حرم عليه (التحفة ٨/٢٥٩).

(وهو) أي الإحداد، من أحد ويقال في الحداد من حد، لغةً: المنع، **(أن تترك الزينة)**: بالحلي واللباس والطيب وما في معناها، **(ولا تلبس الحلي)** سواء الذهب والفضة والجوهر واللئالي وسواء الخاتم وغيره؛ لما روى أبو داود والنسائي بإسناد حَسَنْ أنَّ النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «المتوفى عنها زوجها لا تلبس الحلي ولا تكتحل ولا تختضب» وإنما حرم ذلك لأنَّه يزيد في حُسْنها كما قيل:

وما الحلي إلا زينة لنقيصة ... يتمم من حسن إذا الحسن قصرا
فأمَّا إذا كان الجمالُ مُوَفراً ... كحسنك لم يحتج إلى أن يزورا

(النجم ج٨/١٦٠)

(ولا تختضب) بالحناء ونحوه كالورس فيما يظهر من البدن كالوجه واليدين والرجلين دون ما تحت الثياب كما في أصل الروضة (المشكاة ص٢٦٠)،

(ولا تكتحل) بكحل فيه زينة وذلك كالاكتحال، **(بالإثمد)** وهو الكحل الأسود ويسمى الأصبهاني وإن كانت المرأة سوداء (المشكاة ص٢٦١)،

ونحوه، فإن احتاجت إلى الكحل فبالليل وتزيله بالنهار ولا تلبس الصافي من أزرق وأخضر وأحمر وأصفر ....

الشرح

(ونحوه) كالاكتحال بالصبر وإن كانت بيضاء وخرج بكحل الزينة غيره كالتوتيا فجائز مطلقاً إذ لا زينة فيه وبالاكتحال بالإثمد استعماله في غير العين من سائر البدن فلا يحرم إلا في الحاجب فإنه يتزين به فيه كما مر وألحق المحب الطبري بالحاجب في ذلك الشفة واللثة والخدين والذقن لأنَّه يتزين به فيها (المشكاة ص٢٦١).

[تَنْبِيْهٌ]: الاكتحال بالإثمد حرام مطلقاً وبغيره يحرم إن كان فيه طيب أو كان يتزين به وإن لم يكن فيه طيب وإلا فلا يحرم اهـ ملخصاً من (التحفة ج٨/٢٥٧ والبيجوري ج٢/١٨).

(فإن احتاجت إلى الكحل) أي الاكتحال بالإثمد أو غيره **(فبالليل)** فقط **(وتزيله بالنهار)** وجوباً لخبر أبي داود والنسائي بإسناد حسن أنه صلى الله عليه وسلم دخل على أم سلمة وهي حادة على أبي سلمة وقد جَعَلَتْ على عينها صبراً، فقال ما هذا يا أم سلمة، فقالت هو صبر لا طيب فيه، فقال: «إنَّه يشِب الوجه أيْ يوقده ويحسنه فلا تجعليه إلا بالليل وامسحيه بالنهار».

(ولا تلبس) المصبوغ للزينة غالباً فلا تلبس **(الصافي من أزرق وأخضر وأحمر وأصفر)** سواء ما صبغ قبل النسج وبعده بخلاف غير المصبوغ وإن كان حريراً ونفيساً ما لم تحدث فيه زينة كالنقش والتلوين وبخلاف المصبوغ لا لزينة بل لمصيبة أو لاحتمال وسخ كالأسود والكحلي لانتفاء الزينة فيه بل هو أبلغ في الإحداد كما ذكروه (المشكاة ص٢٦٢).

وخرج بقيد البدن تجميل فراش وهو ما ترقد أو تقعد عليه من نطع ومرتبة

ولا ترجل الشعر ولا تستعمل طيباً في بدن وثوب ومأكول ولها لبس الإبرسيم وغسل الرأس للتنظيف وتقليم الأظفار ....

الشرح

ووسادة ونحوها وتجميل أثاث وهو بفتح الهمزة ومثلثتين متاع البيت فيجوز ذلك لأن الإحداد في البدن لا في الفراش ونحوه، وأما الغطاء فالأشبه أنَّه كالثياب ليلاً ونهاراً وإن خَصَّه الزركشي بالنهار (المغني ج٣/٥١٠ ـ ٥١١)

(**ولا ترجل الشعر**) بكسر الجيم المشددة أي تسرحه بالدهن سواء دهن الشيرج والسمن وغيرهما ولا يختص ذلك بصورة الترجيل بل يحرم عليها دهن شعر رأسها ولحيتها بكل حال لما فيه من التحسين بخلاف دهن شعر سائر البدن فيجوز مطلقاً (المشكاة ص٢٦٠)

(**ولا تستعمل طيباً**) ابتداء ودواماً فإذا طرأت العدة عليها لزمها إزالته للنهي عنه (التحفة ج٨/٢٥٧ بتصرفٍ)، (**في بدن**) نعم رخص ﷺ لها أن تتبع لنحو حيض قليل قسط أو أظفار نوعين من البخور للحاجة وألحق الأسنوي بها في ذلك المحرمة وخالفه الزركشي والأوجه الأول (التحفة ج٨/٢٥٧).

(**وثوب ومأكول**) وفي كحل، والضابط أن كل ما حرم على المحرم من الطيب والدهن لنحو الرأس واللحية حرم هنا لكن لا فدية لعدم النص وليس للقياس فيها مدخل وكل ما حل له ثَمَّ حل هنا (التحفة ج٨/٢٥٧)، (**ولها لبس الإبرسيم**) أي حرير لم يصبغ إذا لم يحدث فيه زينة كالكتان.

(**وغسل الرأس للتنظيف وتقليم الأظفار**) واستحداد ونتف إبط وإزالة وسخ ولو طاهراً لأن جميع ذلك ليس مِن الزينة أي الداعية للوطء، أما إزالة الشعر المتضمن زينة كأخذ ما حول الحاجبين وأعلى الجبهة فتمنع منه كما بحثه بعض المتأخرين بل صرح الماوردي بامتناع ذلك في حق غير المعتدة (المغني ج٣/٥١١).

وإذا راجع المعتدة ثم طلقها قبل الدخول تستأنف عدة جديدة وإن تز
مَن خالعها في عدته ثم طلقها قبل الدخول بنت على العدة الأولى و
ادعت المرأة انقضاء العدة في زمن يمكن انقضاؤها فيه قُبِلَ قو

الشرح

(وإذا راجع المعتدة ثم طلقها قبل الدخول) أو بعده (تستأنف جديدة) لعودها بالرجعة إلى النكاح الذي وطئت فيه هذا ما اعتمده الإ الشافعي رحمه الله تعالى في المذهب الجديد وفي القديم لا تستأنف بل ت على ما سبق من عدتها قبل الرجعة إن لم توطأ بعد الرجعة كما لو أبانها ثم ج نكاحها وطَلقها قبل أن يمسها. (وإن تزوج مَن خالعها) أي البائن منه بالخ وهو مثال وإلا فالبائن منه بغيره كالفسخ كذلك (المشكاة ص٢٧٢)، (في عد أي في أثناء العدة جاز وانقطعت العدة بخلاف غيره لو أراد نكاحها لأن نك الغير يؤدي إلى اختلاط الأنساب ولا يوجد ذلك في نكاحه (المشك ص٢٧٢).

(ثم طلقها قبل الدخول بنت على العدة الأولى) لأنَّه نكاح جديد طلق فيه قبل الدخول فترجع كما كانت وعليه فيه نصف المهر فقط لأنه في نكا جديد طلقها فيه قبل الوطء فلا يتعلق به عدة (المغني ج٣/٥٠٣).

(ومتى ادعت المرأة انقضاء العدة) بغير الأشهر من الولادة أو الأقراء (في زمن يمكن انقضاؤها فيه) وأنكره الزوج (قُبِلَ قولها) بيمينها وإن خالفت عادته لأنه يعسر إقامة البينة بذلك ولأنها مؤتمنة على ما في رحمها لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ ولو أن قولهن مقبول لما أثمن بالكتمان لأنه لا اعتبار بكتمانهن حينئذ، فهو كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا ٱلشَّهَـٰدَةَ ۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾. (المشكاة ص٢٧٣ ـ ٢٧٤).

وإذا بلغها خبر موته بعد أربعة أشهر وعشرة أيام فقد انقضت العدة.

الشرح

(**وإذا بلغها خبر موته بعد أربعة أشهر وعشرة أيام فقد انقضت العدة**) هذا قول عامة الفقهاء وعن علي والحسن البصري أنها تعتد من بلوغ الخبر لأنها عبادة فاحتاجت إلى قصد ورد بالصغيرة فإنها تعتد ولا قصد لها وهذا لا يختص بالوفاة بل لو بلغها خبر الطلاق كان الحكم كذلك (النجم ج٨/١٦٤).

** ** **

(فصل في الاستبراء)

وهو عبارة عن التربص الواجب بسبب ملك اليمين حدوثاً أو زوال
ذا الاسم لأنَّه مقدر بأقل ما يدل على البراءة من غير تعدد، وسميت
عدد ما يدل على البراءة فيها وهو تابع لباب العدد (النجم ج٨/١٨١).

(**من ملك أمة**) بسبي أو شراء أو هبة أو إرث أو وصية أو غير ذلك
نبيه ج٢/٧٣٣)، (**حرم عليه وطؤها والاستمتاع بها حتى يستبرئها بعد**
واء كانت كبيرة أم صغيرة أم آيسة حاملاً أم لا أم بكراً ملكت من ر
رأة أم صبي وطئها البالغ أم لا. وقال المزني وابن شريح وصاحب التق
جب استبراء البكر والصغيرة ومن لا توطأ نظراً للمعنى وهو البراءة
رویاني وأنا أميل إلى هذا، قلت: وهو المختار عندي وصح فيه الح
قله البخاري عن ابن عمر كما بينته في حواشي الروضة (شرح
٢/٧٣٣)، وخرج بملك الأمة ملك بعضها فلا استبراء إذ لا استباحة
.(١٨١/٨

[تَنْبِيهٌ]: قول المصنف رحمه الله حتى يستبرئها بعد قبضها هذا
الموهوبة فقط لعدم استقرار الملك.

أما المملوكة بالشراء أو الإرث ونحوهما فيصح استبراؤها قبل القبض
لك تام لازم، وعبارة المنهاج (٤٥٣) ولو مضى زمن استبراء بعد الملك
قبض حسب إن ملك بإرث وكذا شراء في الأصح لا هبة.

بالوضع إن كانت حاملاً وبحيضة إن كانت حائلاً تحيض وإلا فبشهر وإن كانت زوجته أمة فاشتراها انفسخ النكاح وحلت له بملك اليمين من غير استبراء ....

الشرح

ويكون الاستبراء (**بالوضع إن كانت حاملاً**) ولو من زنا لحصول البراءة بوضعه بخلاف العدة لاختصاصها بالتأكيد ولأن فيها حق الزوج فلا يكتفى بوضع حمل غيره والاستبراء الحق فيه لله تعالى (شرح المنهج ج٤/٤٧١ - ٤٧٢ مع حذف يسير).

(**وبحيضة إن كانت حائلاً تحيض**) هذا ما اعتمده الشافعي رحمه الله تعالى في الجديد، وخالف الاستبراء العدة في اعتبارها بالأطهار لأنَّها لقضاء حق الزوج فاختصت بزمان حقه وهو الطهر والاستبراء شُرِع لاستباحة الوطء فاختص بالحيض ليفضي إلى إباحة الوطء إذا انقضى، وفي القديم وحكىَ عن الإملاء أيضاً أنه بالطهر كالعدة (النجم ج٨/١٨٧).

(**وإلا**) إنْ لم تكن حاملاً ولا حائلا تحيض بأن كانت صغيرة أو آيسة (**فبشهر**) فقط يحصل استبراؤها لأنَّه كقرء في الحرة فكذا في الأمة وفي قول يحصل استبراؤها بثلاثة أشهر نظراً لأنَّ الماء لا يظهر أثره في الرحم بأقل من ثلاثة أشهر وجرى على ذلك صاحب التنبيه والمتحيرة تستبرئ بشهر أيضاً على الأول (المغني ج٣/٥٢٣).

(**وإن كانت زوجته أمة فاشتراها انفسخ النكاح وحلت له بملك اليمين**) لأنه أقوى من ملك النكاح لأنه يملك به الرقبة والمنفعة والنكاح لا يملك به إلا ضرب مِنْ المنفعة.

(**من غير استبراء**) لأنها كانت حلالاً قبل ذلك والأولى أن لا يطأها حتى

ومن زوج أمته أو كاتبها ثم زال النكاح والكتابة لم يطأها حتى يستبرئها، وله الاستمتاع بالمسبية في مدة الإستبراء بغير الجماع ....

الشرح

يستبرئها ليتميز ولد الملك من ولد النكاح لأنَّه بالنكاح ينعقد الولد رقيقاً ثم يعتق فلا يكون كفؤاً لحرة أصلية ولا تصير به أم ولد وبملك اليمين ينعكس الحكم (المغني ج٣/٥٢١ مع شرح التنبيه ج٢/٧٣٤).

(**ومن زوج أمته أو كاتبها**) كتابة صحيحة (**ثم زال النكاح**) بالطلاق قبل الدخول وجب الاستبراء لزوال الملك ثم إعادته وإن طلقها بعد الدخول فاعتدت لم يدخل الاستبراء في العدة بل يلزمه أن يستبرئها بعد انقضاء عدتها (المغني ج٣/٥٢٠)، (**والكتابة**) بفسخها أو بتعجيز السيد (**لم يطأها**) في المسألتين (**حتى يستبرئها**) لتجدد الإباحة بعد التحريم. وخرج بالكتابة الصحيحة الفاسدة فلا يجب الاستبراء فيها كما قاله الرافعي في بابه لأنها لم تخرج عن ملك سيدها بدليل صحة بيعها وتزويجها بغير رضاها بخلاف المكاتبة كتابة صحيحة فليس للسيد ذلك إلا برضاها (الإقناع مع البيجرمي عليه ج٤/٦٧).

(**وله الاستمتاع بالمسبية في مدة الاستبراء بغير الجماع**) لما روى البيهقي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أنه قال «وقعت في سهمي جارية من سبي جلولاء فنظرت إليها فإذا عنقها مثل إبريق الفضة فلم أتمالك أن قبلتها والناس ينظرون ولم ينكر علي أحد من الصحابة» وجلولاء بفتح الجيم والمد: قرية من نواحي فارس والنسبة إليها جلولي على غير قياس فتحت يوم اليرموك سنة سبع عشرة من الهجرة فبلغت غنائمها ثمانية عشر ألف ألف، وفارقت المسبية غيرها بأنَّ غايتها أن تكون مستولدة حربي وذلك لا يمنع الملك، وإنما حَرُمَ وطؤها صيانة لمائه لئلا يختلط بماء حربي لا لحرمة ماء الحربي (المغني ج٣/٥٢٥).

فإن وطئها السيد قبل الاستبراء أو في أثنائه لم ينقطع الاستبراء وإن أثم به

ومن وطئ أمته حرم عليه أن يزوجها حتى يستبرئها.

الشرح

فإن حَبَلت منه قبل الحيض بقي التحريم حتى تضع أو في أثنائه حَلّت بانقطاعه لتمامه، قال الإمام هذا إذا مضى قبل وطئه أقل الحيض وإلا فلا تحل حتى تضع كما لو أحبلها قبل الحيض اهـ وهو أحسن (المغني ج٣/٥٢٥).

(**ومن وطئ أمته حرم عليه أن يزوجها حتى يستبرئها**) لأنَّ مقصود النكاح الوطء فينبغي أن يستعقب الحل وهذا بخلاف بيعها فإنه قد يقصد للوطء وقد يقصد لغيره فلا معنى لمنع البائع من البيع وعلى المشتري أن يحتاط إنْ قصد الوطء، لقوله صَلَّىٰللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ «لا تسق بمائك زرع غيرك» رواه أبو داود والترمذي والحاكم وابن حِبَّان.

ولو اشترى أمة وأراد تزويجها قبل الاستبراء فإن كان البائع وطئها لم يجز لكن يستثنى تزويجها ممن وَجَبَ الاستبراء بسبب وطئه كما إذا زوجها من البائع الواطئ (النجم ج٨/١٨٧). والله أعلم.

** ** **

فصل فيما يلحق من النسب وما لا يلحق

ومن أتت أمته بولد فإن ثبت أنه وطئها لحقه سواء كان يعزل منيه عنها أم لا وإن لم يكن وطئها لم يلحقه ومن أتت زوجته بولد لحقه نسبه إن أمكن أن يكون منه بأن تأتي به بعد ستة أشهر ولحظة من حين العقد ودون أربع سنين من حين إمكان الاجتماع بها ....

الشرح

(فصل فيما يلحق من النسب وما لا يلحق)

(ومن أتت أمته بولد) يمكن أن يكون منه **(فإن ثبت أنه وطئها لحقه)** سواء استلحقه أم لا لأنَّ النبي ﷺ ألحق الولد بزمعة من غير إقرار منه ولا من وارثه بالاستيلاد، وقال: «الولد للفراش»، وروى مالك عن عمر أنه قال: «لا تأتيني أم ولد يعترف سيدها أنه ألمَّ بها إلا الحقت به ولدها فأمسكوهن بعد أو أرسلوهن» فاعتبر الاعتراف بالإلمام لا بالولد ولم يخالفه أحد من الصحابة (النجم ج٨/١٩٢).

(سواء كان يعزل منيه عنها أم لا) لأن الماءَ سَبَّاق لا يدخل تحت الاختيار ولأنَّ أحكام الوطء لا يشترط فيها الإنزال كالتحليل والتحصين (النجم ج٨/١٩٣)، وإن قال كنت أطؤها فيما دون الفرج فقد قيل يلحقه لإمكان أن يسبقه الماء إلى الفرج وهو لا يعلم به، وقيل لا يلحقه وهو الأصح، لأنَّ النسب وغيره من أحكام الوطء لا يتعلق إلا بالإيلاج (شرح التنبيه ج٢/٧٠٢ ـ ٧٠٣).

(وإن لم يكن وطئها لم يلحقه) قال الشيخ أبو حامد بالإجماع (شرح التنبيه ج٢/٧٠٢)، **(ومن أتت زوجته بولد لحقه نسبه إن أمكن أن يكون منه)** قال ﷺ «الولد لفراش» رواه الشيخان. **(بأن تأتي به بعد ستة أشهر ولحظة من حين العقد)** عليها **(ودون أربع سنين من حين إمكان الاجتماع بها)**

أمكن وطؤها ولو على بُعْد وإن لم يعلم أنه وطئ بخلاف ما سبق في
ه بشرط أن يكون للزوج تسع سنين ونصف ولحظة تسع الوطء فإن
يمكن أن يكون منه بأن أتت به لدون ستة أشهر أو لأكثر من
ع سنين أو مع القطع بأنه لم يطأها أو كان للزوج من السن دون ما
م أو كان مقطوع الذكر والأنثيين جميعاً لم يلحقه ومتى ....

الشرح

ا أكثر الحمل (**إذا أمكن وطؤها ولو على بُعْد**) كما إذا نكحها وطلقها في
جلس أو غاب عنها غيبة بعيدة لا يحتمل معها وصول أحدهما إلى الآخر أو
ى العقد وأحد الزوجين بالمشرق والآخر بالمغرب (فيض الإله المالك
/٤٨٣).

(**وإن لم يعلم أنه وطئ**) غاية في لحوق الولد به (**بخلاف ما سبق في**
) من اشتراط ثبوت الوطء لأن القصد من النكاح الاستمتاع مع حصول الولد
صد من الأمة غالباً الخدمة (فيض الإله المالك ج٢/٤٨١)، (**بشرط أن**
ن للزوج تسع سنين ونصف ولحظة تسع الوطء) بناء على أنَّ البلوغ
تكمال تسع وبناء على أن أقل الحمل ستة أشهر واشترط زيادة اللحظة
حصل الإنزال وهو مستكمل تسع سنين.

(**فإن لم يمكن أن يكون منه بأن أتت به لدون ستة أشهر**) من حين إمكان
تماع الزوجين (**أو لأكثر من أربع سنين**) من آخر اجتماع حصل معها (**أو مع**
طع بأنه لم يطأها) كما إذا طلقها عقب العقد أو كان بينهما مسافة لا يمكن
جتماع من حين العقد إلى العلوق (شرح التنبيه ج٢/٧٠٠). (**أو كان للزوج**
السن دون) أي أقل (**ما تقدم**) أي أقل من تسع سنين ونصف ولحظة (**أو**
ن مقطوع الذكر والأنثيين جميعاً لم يلحقه) في جميع هذه الصور. (**ومتى**

تحقق الزوج أَنَّ الولدَ الذي ألحقه الشرع به ليس منه بأنْ عَلِمَ أنَّه لم يطأها أبداً لزمه نفيه باللعان، وإن لم يتحقق أنه من غيره حرم عليه نفيه وقذفها وإن كان الولد أسود وهو أبيض وغير ذلك ومن لحقه نسب فأخر نفيه بلا عذر ثم أراد أن ينفيه باللعان لم نجبه إلى ذلك

الشرح

تحقق الزوج أَنَّ الولدَ الذي ألحقه الشرع به) نظراً إلى الإمكان وهو قاطع أنه **(ليس منه بأن عَلِمَ أنَّه لم يطأها أبداً لزمه نفيه باللعان)** لأنَّ ترك النفي يتضمن الإلحاق ولا يجوز له استلحاق مَنْ ليس منه كما لا يجوز له نفي من هو منه، وفي وجه ضعيف أنه يجوز لأنَّ اقتحام اللعان شهرة وفضيحة يصعب احتمالها على ذوي المروءات (النجم ج٨/١٠٠).

(وإن لم يتحقق أنه من غيره) بل احتمل منه ومن غيره بأن ولدته لدون ستة أشهر من الزنا أو لفوقه ودون أربع سنين منه ومن الوطء بلا استبراء (فيض الإله المالك ج٢/٤٨٣). **(حرم عليه نفيه)** لاحتمال كونه منه ورعاية للفراش ولا عبرة بريبة يجدها في نفسه (فيض الإله المالك ج٢/٤٨٣)

(و) حرم عليه **(قذفها وإن كان الولد أسود وهو)** أي النافي **(أبيض وغير ذلك)** مما يدل على الاختلاف والتفاوت كقبح وحسن ونقص خلقة وكمالها للحديث المتفق عليه من قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: لرجل جاء إليه وذكر أنه ولد له غلام أسود وأنكره لعله نزعة عرق، زاد في البخاري ولم يرخص له في نفيه **(ومن لحقه نسب)** بأن لم يكن ممسوحاً **(فأخر نفيه بلا عذر ثم أراد أن ينفيه باللعان لم نجبه إلى ذلك)** لأنَّ نفي الولد يكون على الفور والتأخير يسقط نفيه عنه كالرد بالعيب وإن أخر بعذر كأن لم يجد الحاكم لغيبته أو تعذر الوصول إليه أو بلغه الخبر ليلا فصبر حتى يصبح أو حضرته الصلاة فقدمها أو كان جائعاً أو عارياً فأكل أو لبس الثوب أو كان مريضاً أو غير ذلك من الأعذار السابقة في الرد

وإن أراد نفيه على الفور أجبناه إليه.

الشرح

بالعيب لم يبطل حقه بالتأخير وإذا أمكنه الإشهاد فعليه أن يشهد على النفي وإلا بطل حقه (فيض الإله المالك ج٢/٤٨٤)،

(**وإن أراد نفيه**) أي نفي الولد الذي لحقه (**على الفور أجبناه إليه**) دفعاً للضرر عنه بلحوقه اهـ (فيض الإله المالك ج٢/٤٨٤).

** ** **

فصل في القذف واللعان

من قذف زوجته بالزنا فطولب بحد القذف فله أن يسقطه باللعان

الشرح

(فصل في القذف واللعان)

القذف هو لغةً: الرمي، وشرعاً: الرمي بالزنا في معرض التعيير، واللعان مأخوذ من اللعن وهو الإبعاد عن الخير وسمي المتلاعنان بذلك لما يعقب اللعان من الإثم والبعد، لأنَّ أحدهما كاذب فيكون ملعوناً، وقيل لأن كلاً منهما يبعد عن صاحبه بتأبيد الحرمة.

وهو في الشرع كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه والحق به العار، والأصل فيه قبل الإجماع، قوله تعالى ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ﴾ الآيات، وسبب نزولها «أنَّ هلال ابن أمية قذف زوجته عند رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بشريك بن السحماء، فقال له النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: البينة أوحد في ظهرك، فقال: يا رسول الله إذا رأى أحدنا مع امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة؟ فجعل النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يكرر ذلك، فقال هلال: والذي بعثك بالحق إني لصادق ولينزلنَّ الله ما يبرئ ظهري من الجلد» فنزلت الآيات (النجم ج٨/٨٥ ـ ٨٦).

(من قذف زوجته بالزنا) صريحاً: كزنيت، ولو مع قوله في الجبل أو يا زانية أو زنى فرجك، أو كناية: كقوله لم أجدك عذراء، ونحو ذلك مما سيأتي مفصلاً في بابه.

(فطولب بحد القذف) أو التعزير **(فله أن يسقطه باللعان)** وإن قدر على إقامة البينة، وإن لم تطالب ولم تعف، فقد قيل له أن يلاعن لأنَّ الحد باق تطالب به متى شاءت فله إسقاطه، وقيل ليس له أن يلاعن حتى تطلب المرأة وهو الأصح لأنَّه إنما يصار إليه عند الضرورة (شرح التنبيه ج٢/٦٩٤).

بشرط أن يكون الزوج بالغاً عاقلاً مختاراً وأن تكون الزوجة عفيفة يمكن أن توطأ، فلو قذف من ثبت زناها أو طفلة كبنت شهر عُزِرَ ولم يلاعن. واللعان أن يأمره الحاكم أن يقول أربع مرات: أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتها من الزنا وأن هذا الولد ليس ....

الشرح

(بشرط أن يكون الزوج) القاذف (بالغاً عاقلاً مختاراً) بخلاف الصبي والمجنون والأجنبي والسيد والمكره.

(وأن تكون الزوجة عفيفة يمكن أن توطأ، فلو قذف من ثبت زناها) بإقرارها أو بينة عزر للإيذاء ولم يلاعن في ظاهر المذهب لأنَّ اللعان لإظهار الصدق وهو ظاهر بثبوت زناها، وقيل يلاعن دفعاً للتعزير وقطعاً للنكاح (شرح التنبيه ج٢/٦٩٥).

(أو طفلة كبنت شهر عُزِرَ ولم يلاعن) لتيقن كذبه فلا يمكن من الحلف على أنه صادق بل يعزر لا للقذف لأنَّه كاذب فيه قطعاً فلم يلحق بها عاراً بل منعاً له من الإيذاء وللخوض في الباطل (شرح المنهج ج٤/٤٣٧)، وهذا تعليل للمسألة الثانية وأما المسألة الأولى فقد تقدم الكلام على سبب التعزير فيها.
(واللعان أن يأمره الحاكم) أو نائبه (أن يقول أربع مرات أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتها من الزنا) ويسميها إن كانت غائبة عن البلد أو المجلس لحيض أو كفر ويرفع في نسبها بما يميزها عن بقية نسائه إن كان له غيرها دفعاً للاشتباه؛ وإن كانت حاضرة فيقول زوجتي هذه ولا يحتاج مع الإشارة إلى ذكر اسمها ونسبها، وقيل يجمع بين الاسم والإشارة وجوباً مبالغة في البيان (شرح التنبيه ج٢/٦٩٦).

(وأن هذا الولد) الذي ولدته أو هذا الولد أو هذا الحمل من زنا (ليس

مني إن كان هناك ولد ثم يقول في الخامسة بعد أن يعظه الحاكم ويخوفه ويضع يده على فيه وعليَّ لعنة الله إن كنت من الكاذبين، فإذا فعل ذلك سقط عنه حد القذف وانتفى عنه نسب الولد.........

الشرح

مني إن كان هناك ولد) ولو اقتصر على قوله ليس مني لم يكف أو على قوله من زنا كفى في الأصح (شرح التنبيه ج٢/٦٩٧)

(ثم يقول في الخامسة بعد أن يعظه الحاكم) ندباً **(و)** ذلك بأن **(يخوفه)** من عذاب الله تعالى، وقد قال صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لهلال «اتق الله فإنَّ عذاب الله أهون من عذاب الآخرة» **(ويضع يده على فيه)** أي يأمر رجلاً يضع يده على فيه لعله ينزجر، لما روى أبو داود عن ابن عباس أنَّ النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمر رجلاً أن يضع يده على فيه عند الخامسة، وقال إنها موجبة؛ فإن أبى بعد مبالغة الحاكم في وعظه إلا المضي (الإقناع ج٤/٣٦).

قال له قل **(وعليَّ لعنة الله إن كنت من الكاذبين)** فيما رميتها به من الزنا ويشير إليها في الحضور ويميزها في الغيبة كما في الكلمات الأربع (المغني ج٣/٤٧٧).

(فإذا فعل) الزوج **(ذلك سقط عنه حد القذف)** للآية هذا بالنسبة إليها أمَّا بالنسبة إلى الزاني فكذلك إن سماه في اللعان فإن لم يسمه لم يسقط عنه حده في الأصح وكان ينبغي أن يعبر بالعقوبة بدل الحد ليشمل حد القذف والتعزير (النجم ج٨/١١٤).

(وانتفى عنه نسب الولد) إن نفاه في لعانه لخبر الصحيحين «أنه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرق بينهما وألحق الولد بالمرأة» وإنما يحتاج الملاعن إلى نفي نسب ولد يمكن كونه منه فإن تعذر كون الولد منه كأنْ طلقها في مجلس العقد أو نكح

وبانت منه وحرمت على التأبيد ولزمها حد الزنا، ولها أن تسقطه عن نفسها باللعان فتقول بأمر الحاكم أربع مرات: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به، ثم تقول في الخامسة بعد الوعظ كما سبق:

الشرح

امرأة وهو بالمشرق وهي بالمغرب أو ممسوحاً لم يلحقه الولد كما تقدم لاستحالة كونه منه فلا حاجة في انتفائه إلى لعان (المغني بتصرف ج٣/٤٨٤).

(**وبانت منه**) لما في الصحيحين أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرق بينهما ثم قال: «لا سبيل لك عليها» وهي فرقة فسخ لا نكاح كالرضاع لحصولها بغير لفظ وتحصل ظاهراً وباطناً (المغني ج٣/٤٨٣)، وفي سنن أبي داود «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً».

(**وحرمت على التأبيد**) فلا يحل له نكاحها بعد اللعان ولا وطؤها بملك اليمين لو كانت أمة فاشتراها (المغني ج٣/٤٨٣)، (**ولزمها حد الزنا**) إذا كان القذف بزنا أضافه إلى حال الزوجية لقوله تعالى ﴿وَيَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ﴾ الآية فإنها تدرأ عن وجوبه عليها بلعانه فإن أضافه إلى ما قبل الزوجية ولاعن لنفي النسب ففي وجوب الحد عليها ومعاوضة لعانها بلعانه وجهان (شرح التنبيه ج٢/٦٩٧).

(**ولها أن تسقطه**) أيْ حد الزنا الذي وجب عليها بتمام لعان الزوج (الإقناع ج٤/٤٠)، (**عن نفسها باللعان**) بعد تمام لعان الزوج كما هو مستفاد من لفظ السقوط لأنه لا يكون إلا فيما وَجَبَ ولم يجب عليها إلا بتمام لعانه (الإقناع ج٤/٤٠).

(**فتقول بأمر الحاكم أربع مرات: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به**) من الزنا لقوله تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾. (**ثم تقول في الخامسة بعد الوعظ كما سبق**) من الحاكم أو نائبه وهو قوله لها عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، ويأمر امرأة تضع يدها على فيها لعلها أن تنزجر

وعليَّ غضب الله إن كان من الصادقين فإذا فعلت هذه سقط عنها حد الزنا.

الشرح

(الإقناع ج٤/٤٠) فإن أبت إلا المضي، قال لها قولي **(وعليَّ غضب الله إن كان من الصادقين)** فيما رماني به.

[تَنْبِيهٌ]: أفهم سكوته في لعانها عن ذكر الولد أنَّها لا تحتاج إليه وهو الصحيح لأنَّه لا يتعلق بذكره في لعانها حكم فلم تحتج إليه ولو تعرضت له لم يضر (الإقناع ج٤/٤٠).

(فإذا فعلت هذه سقط عنها حد الزنا) قال الله تعالى ﴿وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴿٨﴾ وَٱلْخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾

[تتمة]: لو بدل لفظ شهادة بحلف ونحوه كأقسم بالله أو أحلف بالله إلى آخره أو لفظ غضب بلعن أو غيره كالإبعاد وعكسه بأن ذكر الرجل الغضب والمرأة اللعن أو ذكر اللعن أو الغضب قبل تمام الشهادة لم يصح ذلك اتباعاً للنص كما في الشهادة والحكمة في اختصاص لعانها بالغضب ولعان الرجل باللعان أن جريمة الزنا أعظم من جريمة القذف فقوبل الأعظم بمثله وهو الغضب، لأنَّ غضبه تعالى إرادة الانتقام من العصاة وإنزال العقوبة بهم واللعن الطرد والبعد؛ فخصت المرأة بالتزام أغلظ العقوبة، ولو قتل الملاعن من نفاه ثم استلحقه لحقه وسقط عنه القصاص اهـ (الإقناع مع حذف ج٤/٤٠).

[خَاتِمَةٌ]

ينفسخ النكاح بلعان ويفسخ بإعسار بمهرٍ قبل وطء وبنحو نفقة بعد ثبوت إعسار عند قاضٍ وإمهاله ثلاثة أيام فيفسخ قاضٍ أو هي بإذنه صبيحة رابع فإن

م نفقته فلا أو أعسر بنفقة خامس بنت ورضاع بشرطه وبسبي الزوجين أو
دهما واسترقاق زوج وإسلام أحدهما قبل الدخول وزواج على أختين أو أكثر
أربع حرائر أو أمتين، وبملك أحد الزوجين الآخر وبعدم كفاءة إن أطلقت
اً فبان غير كفؤ، وبانتقال من دين لآخر وردة، اهـ (إعانة المبتدين ص٤١٤).

** ** **

باب الرضاع

إذا ثار لبنت تسع سنين لبن من وطء أو من غيره ....

الشرح

(باب الرضاع)

الرضاع بكسر الراء، وفتحها لغة: اسم لمص الثدي وشرب لبنه، وشرعاً: اسم لحصول لبن امرأة أو ما حصل منه في جوف طفل على وجه مخصوص، والكتاب والسنة ناطقان بتحريم الرضاع، قال الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾.

وفي الصحيحين عن عائشة: أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب». وأجمعت الأمة على تأثيره في النكاح وثبوت المحرمية وأظهر قولي الشافعي أنه يؤثر في عدم نقض الوضوء ولا يؤثر فيما عدا ذلك كالميراث والنفقة والعتق وسقوط القصاص ورد الشهادة ونحوها (النجم ج٨/١٩٩). **(إذا ثار)** أي ظهر **(لبنت تسع سنين)** قمرية تقريباً وإن لم يحكم ببلوغها بذلك **(لبن من وطء أو من غيره)** بأن در ثديها باللبن وكانت المرأة حال انفصال اللبن حية حياة مستقرة أمَّا لو انفصل لبنها وهي ميتة وأوجر الصبي لم يرتب عليه حكم وإن كان طاهراً على المذهب كما لا تثبت حرمة المصاهرة بوطء الميتة. وخالف في هذه المسألة أي مسألة انفصال اللبن وهي ميتة الأئمة الثلاثة والأوزاعي ومنصور التيمي مستدلين بقول عمر: (اللبن لا يموت) وحمله الشافعي على ما إذا حلب منها في حياتها ثم سقي الصبي فإنه يحرم كالرضاع من الثدي. واحتج الأصحاب بأن اللبن ضعفت حرمته بموت الأصل ألا ترى أن حرمة الأعضاء تسقط بالموت حتى لا يجب القصاص بقطعها وبأنه لو وصل اللبن إلى جوف الصبي الميت لم تثبت الحرمة فكذلك إذا انفصل من ميته قياساً

لأحد الطرفين على الآخر (النجم ج٨/١٩٩ ـ ٢٠٠).

وخرج باللبن غيره كأن امتص من الثدي دماً أو قيحاً وبالبنت ثلاثة أمور:

أحدها: الرجل فلا يثبت بلبنه على الصحيح لأنَّه ليس معداً للتغذية فلم يتعلق به التحريم كغيره من المائعات لكن يكره له ولفرعه نكاح من ارتضعت منه كما نص عليه في الأم والبويطي.

ثانياً: الخنثى المشكل والمذهب توقفه إلى البيان فإن بانت أنوثته حرم وإلا فلا، وإن مات قبله لم يثبت التحريم فللرضيع نكاح أم الخنثى ونحوها كما نقله الأذرعي عن المتولي وأقراه.

ثالثاً: البهيمة فلو ارتضع صغيران من شاة مثلاً لم يثبت بينهما أخوة فتحل مناكحتهما لأنَّ الأخوة فرع الأمومة فإذا لم يثبت الأصل لم يثبت الفرع (المغني ج٣/٥٢٨).

(**فأرضعت طفلاً له دون الحولين**) لقوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾، وروى البيهقي والدار قطني: «لا رضاع إلا ما كان في حولين» لكن الأصح وقفه على ابن عباس، وحسن الترمذي أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا رضاع إلا ما فتق الأمعاء وكان قبل الحولين». ولم يخالف في هذا إلا عائشة فإنها ألحقت ما بعد الحولين بما قبلها لما روى الشيخان أنَّ سهلة بنت سهيل بن عمرو قالت: يا رسول الله؟ إنَّا كنا نرى سالماً ولداً، وقد نزل في التبني والحجاب ما قد علمت فماذا تأمرني، فقال: «أرضعيه خمس رضعات يحرم بهن عليك ففعلت فكانت تراه ابناً» وفي رواية أخرى عن عائشة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهَا قالت: جاءت سهلة بنت سهيل فقالت يا رسول

خمس رضعات متفرقات صار ابنها فيحرم عليها هو وفروعه فقط وصارت أمه فتحرم عليه هي وأصولها وفروعها وإخوتها وأخواتها

الشرح

الله إن سالماً مولى أبي حذيفة معنا في بيتنا وقد بلغ مبلغ الرجال فقال: أرضعيه تحرمي عليه» رواه مسلم. والجواب: أنَّه مخصوص بسالم كما قالته أم سلمة وسائر زوجات النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وهن بالخاص والعام والناسخ والمنسوخ أعلم. والمراد: حولين بالأهلة كما قاله في المحرر فإن انكسر الأول كمل بالعدد ثلاثين من الخامس والعشرين على الصحيح (النجم بتصرف ٢٠٣/٨). **(خمس رضعات)** لما روى مسلم عن عائشة قالت: «كان فيما أنزل الله: عشر رضعات محرمات فنسخن بخمس معلومات» فتوفي رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وهن فيما يقرأ من القرآن، أي يتلى حكمهن أو العمل بهن وهذا يدل على قرب النسخ حتى إنَّ من لم يبلغه النسخ كان يقرؤها. وفي صحيح مسلم عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: «لا تحرم المصة ولا المصتان» وفي وجه إثبات التحريم برضعة كمذهب أبي حنيفة ومالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وفي ثالث اختاره ابن المنذر وجماعة بثلاث كمذهب أبي ثور، وعن أحمد روايتان كالمذهبين فلو حكم قاض بالتحريم بأقل من خمس رضعات لم ينقض حكمه خلافاً للأصطخري (النجم ٢٠٤/٨). **(متفرقات)** يقينا عرفاً، فلو حلب دفعة واحدة وأوجر خمساً أو عكسه فرضعة نظراً إلى انفصاله في الأولى وإيجاره في الثانية (المشكاة ص١٤٦).

(صار ابنها) وأولاده أولادها وصارت المرأة أمًا له وأمهاتها جداته وأباؤها أجداده وأولادها أخوته وأخواته وإخوتها أخواله وخالاته (انظر العدة والسلاح ص١٤٦)، **(فيحرم عليها)** أي المرضعة **(هو وفروعه فقط)** لا أصوله وحواشيه **(وصارت)** المرضعة **(أمه فتحرم عليه هي وأصولها وفروعها وإخوتها وأخواتها)** من نسب أو رضاع.

وإن ثار اللبن من حمل من زوج صار الرضيع ابنا للزوج، فيحرم عليه الرضيع وفروعه فقط وصار الزوج أباه فيحرم على الرضيع هو وأصوله وفروعه وإخوته وأخواته فيحرم النكاح ويحل النظر والخلوة..........

الشرح

(**وإن ثار اللبن من حمل من زوج صار الرضيع ابنا للزوج فيحرم عليه الرضيع**) إن كان أنثى (**وفروعه فقط**) لا أصوله ولا حواشيه (**وصار الزوج أباه**) أي الرضيع وأمهات الزوج من نسب أو رضاع جداته وآبائه من نسب أو رضاع أجداده وأولاده من نسب أو رضاع إخوانه وأخواته وأخوته وأخواته من نسب أو رضاع أعمامه وعماته.

(**فيحرم على الرضيع هو**) أي صاحب اللبن (**وأصوله وفروعه**) من نسب أو رضاع (**وإخوته وأخواته**) كذلك من نسب أو رضاع، وعلم مما سبق أن أصول الرضيع وحواشيه لا يثبت بينهم وبين المرضعة وفروعها وأصولها وحواشيها محرمية وكذا بين صاحب اللبن وأصوله وفروعه وحواشيه.

وقد نظم العلامة جلال الدين القونوي ما يترتب على الرضاع بقوله:

وينتشر التحريم مِن مرضع إلى ... أصول فصول والحواشي من الوسط
وممن له در إلى هذه ومِن ... رضيع إلى ما كان من فرعه فقط

[تَنْبِيْهٌ]: إنما انتشرت حرمة الرضيع إلى فروعه من رضاع أو نسب لا إلى أصوله وحواشيه وحرمتا المرضعة والفحل إلى جميع أصولهما وفروعهما وحواشيهما من نسب أو رضاع لأن لبن المرضعة كالجزء من أصولها فسرى لتحريم به إليهم وإلى الحواشي وألحق بها الفحل لأنه السبب فيه بخلافه في أصول الرضيع.

(**فيحرم النكاح**) بين من ذكر (**ويحل النظر والخلوة**) لكل من حرمت

كالنسب دون سائر أحكامه كالميراث والنفقة.

الشرح

بالرضاع (كالنسب) أي كحلها بالنسب في الشروط والمقدار المبين في أول كتاب النكاح.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ وحديث الشيخين: «يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب» وروي عن عائشة: أن أفلح أخا أبي القيس استأذن عليها بعدما أنزل الحجاب، فقالت: والله لا أذن له حتى استأذن رسول الله ﷺ فإن أخا أبي القيس ليس هو أرضعني وإنما أرضعتني امرأته فأخبرت النبي ﷺ بذلك فقال: «ائذني له فإنه عمك تربت يمينك».

(دون سائر أحكامه) أي النسب (كالميراث والنفقة) فلا يحصل بالرضاع إرث ولا تجب نفقة والله أعلم.

[خَاتِمَةٌ]

في مسائل متفرقة مأخوذة من فتح المعين للمليباري رحمه الله تعالى

يشترط في الخمس الرضاعات أن تكون متفرقة عرفا فإن قطع الرضيع الرضاع إعراضاً وإن لم يشتغل بشيء آخر أو قطعته المرضعة ثم عاد إليه فيهما فوراً فرضعتان أو قطعه لنحو لهو كنوم خفيف وعاد حالاً أو طال والثدي بفمه أو تحول ولو بتحويلها من ثدي لآخر أو قطعته لشغل خفيف ثم عادت إليه فلا تعدد في جميع ذلك، اهـ. ويثبت الرضاع برجل وامرأتين وبأربع نسوة ولو فيهن أم المرضعة إن شهدت حسبة بلا سبق دعوى كشهادة أبي امرأة وابنها بطلاقها كذلك وتقبل شهادة مرضعة مع غيرها لم تطلب أجرة الرضاع وإن ذكرت فعلها كأشهد أني أرضعتها. وشرط شهادة الرضاع ذكر وقت الرضاع وعدده وتفرق

المرات ووصول اللبن إلى جوفه في كل رضعة ويعرف بنظر كحلب وإيجار وازدراد وبقرائن كامتصاص ثدي وحركة حلقه بعد علمه أنها ذات لبن وإلا لم يحل له أن يشهد لأن الأصل عدم اللبن ولا يكفي في أداء الشهادة ذكره القرائن بل يعتمدها ويجزم بالشهادة ولو شهد به دون النصاب أو وقع شك في تمام الرضعات أو الحولين أو وصول اللبن جوف الرضيع لم يحرم النكاح لكن الورع الاجتناب وإن لم تخبره إلا واحدة، نعم إن صدقها يلزم الأخذ بقولها، ولا يثبت الإقرار بالرضاع إلا برجلين عدلين اهـ. والله أعلم.

** ** **

(كتاب الجنايات)

عبَّر بها دون الجراح لتشمله والقطع والقتل ونحوهما مما يوجب حداً أو تعزيراً، وهو حسن وهي جمع جناية، وجمعت وإن كانت مصدراً لتنوعها كما سيأتي إلى عمد وخطأ وشبه عمد، والأصل في ذلك قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَى﴾ وأخبار كخبر الصحيحين «اجتنبوا السبع الموبقات، قيل: وما هن يا رسول الله؟ قال: الشرك بالله تعالى والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات الغافلات». وقتل الآدمي عمداً بغير حق من أكبر الكبائر بعد الكفر: «فقد سئل النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ: أي الذنب أعظم عند الله تعالى قال: أن تجعل لله نِداً وهو: خلقك قيل: ثم أيْ قال: أن تقتل ولدك مخافة أن يطعم معك» رواه الشيخان، وتصح توبة القاتل عمداً لأنَّ الكافر تصح توبته فهذا أولى ولا يتحتم عذابه بل هو في خطر المشيئة ولا يخلد عذابه إن عذب وإن أصَرَّ على ترك التوبة كسائر الكبائر غير الكفر وأما قوله تعالى: ﴿وَمَن يَقۡتُلۡ مُؤۡمِنٗا مُّتَعَمِّدٗا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدٗا فِيهَا﴾، فالمراد بالخلود المكث الطويل فإنَّ الدلائل تظاهرت على أن عصاة المسلمين لا يدوم عذابهم أو مخصوص بالمستحل كما ذكره عكرمة وغيره وإن اقتص منه الوارث أو عفا عنه على مال أو مجاناً فظواهر الشرع تقتضي سقوط المطالبة في الدار الآخرة كما أفتى به النووي وذكر مثله في شرح مسلم ومذهب أهل السنة أن المقتول لا يموت إلا بأجله والقطع لا يقطع الآجل خلافاً للمعتزلة فإنهم قالوا القطع يقطعه (الإقناع ج٤/١١٧ ـ ١١٨).

يجب القصاص على من قتل إنساناً عمداً محضاً عدواناً لكن لا يجب على صبي ومجنون مطلقاً ولا على مسلم بقتل كافرٍ ولا على حر بقتل عبد

الشرح

قال صاحب الجوهرة:

وَمَيِّتٌ بِعُمْرِهِ مَنْ يُقْتَلُ وغيرُ هذا باطلٌ لا يُقبَلُ

وينقسم القتل إلى ثلاثة أقسام: حرام، وواجب، ومباح.

فالحرام: قتل المعصوم، والواجب: قتل المرتد، والمباح: قتل الأسير لأنَّ الإمام مخير فيه كما سيأتي (النجم ج٨/٣٢٦).

(يجب القصاص) أي القتل **(على من قتل إنساناً عمداً محضاً عدواناً)** وسيأتي ضابطه، **(لكن لا يجب)** القصاص **(على صبي)** حال القتل، ولو قال: كنتُ وقتَ القتل صبيًّا وأمكن صباه حَلَف فيصدق لأنَّ الأصلَ بقاء الصبا، أو قال أنا صبيٌّ الآن وأمكن فلا قود ولا يحلف أنه صبي لأنَّ التحليفَ لإثبات صباه ولو ثبت لبطلت يمينه، ففي تحليفه إبطال لتحليفه (شرح المنهج ج٥/٢٠). **(ومجنون)** عهد جنونه قبل القصاص ولو متقطعاً (التحفة ج٨/٣٩٩)؛ بخلاف إذا لم يعهد **(مطلقاً)** سواء كانا حرين أو عبدين مسلمين أو كافرين **(ولا)** يجب قصاص **(على مسلم)** حال الجناية ولو زانياً محصناً **(بقتل كافرٍ)** ولو ذمياً لخبر البخاري: «لا يقتل مسلم بكافر» وإن ارتدَّ المسلم لعدم المكافأة حال الجناية إذ العبرة في العقوبات بحالها (شرح المنهج ج٥/٢٠). **(ولا)** يجب القصاص **(على حر بقتل عبد)** ولو مبعضاً لعدم المكافأة لقوله تعالى: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ﴾، وروى الدارقطني عن ابن عباس: أنَّ النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال «لا يقتل حر بعبد». ولأنَّ حرمة النفسِ أعظمُ من الأطراف وبالاتفاق لا يقطع طرفُ حرٍ بطرف عبد فأولى أن لا يقتل به.

ولا على ذمي بقتل مرتد ولا على الأب والأم وآبائهما وأمهاتهما بقتل الولد وولد الولد.......................................

الشرح

وحكى الروياني: أنَّ بعضَ فقهاء خراسان سئل في مجلس أميرها عن قتل الحر بالعبد، فقال: أقدم حكاية ثم قال: كنت أيام تفقهي ببغداد نائماً ذات ليلة على شاطئ دجلة فسمعتُ مَلاَّحاً يترنم، ويقول:

خذوا بدمي هذا الغزالَ فإنَّه ... رماني بسهمي مقلتيه على عمد
ولا تقتلوه إنني أنا عبده ... ولم أرَ حراً قط يقتل بالعبد

فقال الأمير: حسبك فقد أغنيتَ عن الدليل، قال الثعالبي وكان أبو الحسن الماسرجسي ينشد في تدريسه هذين البيتين (النجم ج٨/٣٦٠ ـ ٣٦١ بتصرفٍ).

(**ولا**) يجب القصاص (**على ذمي بقتل مرتد**) لأنَّ المرتدَ مهدر كالحربي (النجم ج٨/٣٦٠)، ولأنَّ الذِّمي أشرف منه بتقريره بالجزية (التحفة ج٨/٤٠١).

(**ولا**) يجب القصاص أيضاً (**على الأب والأم وآبائهما وأمهاتهما بقتل الولد وولد الولد**) سواء ساوه الولد في الحرية والدين أم لا لما روى الترمذي عن سراقة بن مالك، قال: «حضرتُ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقيدُ الأب من ابنه ولا يقيد الابن من أبيه». وروى أحمد والطبراني: أنَّ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا يقتل الوالد بالولد» ولأن الوالد سبب في وجوده فلا يحسن أن يكون الولد سبباً في إعدامه، ونقل الشافعي في الأم والمختصر فيه الإجماع، وأرادَ به في الجملة لأنَّ مالكاً يخالف فيما إذا ذبحه كالشاة؛ وأطلق ابن المنذر عن مالك أنَّه لا يقتل به واختاره، وقيل أراد به إجماع الصحابة فإنَّ عمرَ حكم به بحضرتهم ولم يخالفه منهم أحد (النجم ج٨/٣٦٣ ـ ٣٦٤)، ولو قتل ولده المنفي قُتِلَ به إن

بقتل من يثبت القصاص فيه للولد مثل أن يقتل الأبُ الأمَ، ثم
نايات ثلاثة: خطأ وعمد خطأ وعمد محض، فالخطأ مثل أن يرمي
حائط سهماً فيصيب إنساناً أو يزلق من شاهق فيقع على إنسان،
ابطه أن يقصد الفعل ولا يقصد الشخص أو لا يقصدهما، وعمد

الشرح

رَّ على نفيه لا إن رجع عنه هذا ما اعتمده الشيخ بن حجر في التحفة، خلافاً
اهر النهاية وصريح المغني أنه لا يقتل به مطلقاً للشبهة (التحفة مع ع ب
/٤٠٣). (ولا) يقتل الوالد (بقتل من يثبت القصاص فيه للولد مثل أن يقتل
بُ الأمَ) أو قن الولد أو عتيقه أو زوجه لأنَّه إذا لم يقتل بقتله فبقتل مَن له فيه
ق أولى؛ ولا فرق في سقوط القصاصِ بينَ أن يثبت للولد جميع القصاص أو
زء منه وهذا فيما إذا وَجَبَ القصاص للولد ابتداء، ويلتحق به ما إذا وجب
يره ابتداء ثم انتقل بالإرث كله أو بعضه إلى ولد القاتل (النجم ج٨/٣٦٥ مع
يادة).

(ثم الجنايات ثلاثة) أنواع (خطأ) محض (وعمد خطأ) ويعبر عنه بشبه
عمد (وعمد محض) وجه الحصر في ذلك أنَّ الجاني إن لم يقصد عين
لمجني عليه فهو الخطأ وإن قصدها فإن كان بما يقتل غالباً فهو العمد وإلا فشبه
عمد (النجم ج٨/٣٢٦)، كما تؤخذ هذه الثلاثة من قوله (فالخطأ مثل أن يرمي
لى حائط) أو إلى شجرة أو إلى صيد.

(سهماً فيصيب إنساناً) ذكراً أو غيره فيقتله أو يرمي به زيداً فيصيب عمراً
(أو يزلق من شاهق فيقع على إنسان وضابطه) أي الخطأ (أن يقصد الفعل ولا
يقصد الشخص) كما في المثال الأول (أو لا يقصدهما) أي الفعل والشخص
كما في المثال الثاني لأنَّ الواقع على غيره لا ينسب إليه فعل؛ (و) ضابط (عمد

الخطأ أن يقصد الجناية بما لا يقتل غالباً مثل أن يضربه بعصاً خفيفة في غير مقتل ونحو ذلك والعمد أن يقصد الجناية بما يقتل غالباً سواء كان مثقلاً أو محدداً ....

الشرح

الخطأ) ويسمى أيضاً خطأ عمد وخطأ شبه عمد **(أن يقصد الجناية بما لا يقتل غالباً مثل أن يضر به بعصاً خفيفة)** ولم يوال الضرب ولم يكن الضرب بمقتل ولا كان البدن نِضْواً ولا اقترن بنحو حرٍ أو صغر وإلا فعمد (التحفة ج٨/٣٧٩)، **(في غير مقتل)** كإلية وفخذ ونحوهما، **(ونحو ذلك)** أي نحو العصا الخفيفة لأنَّها تذكر باعتبار تأويلها بعود ونحوه.

(و) القتل **(العمد)** هو **(أن يقصد)** الجاني **(الجناية)** على إنسان بعينه ومنه ما لو رمى جمعاً وقصد إصابة أي واحد منهم فأصاب واحداً منهم بخلاف ما لو قصد واحداً مبهماً فإنه شبه عمد (الياقوت ص١٧٧)، **(بما يقتل غالباً)** أي بآلة تقتل غالباً لا نفس الفعل **(سواء كان)** الذي قتل به **(مثقلاً)** للخبر الصحيح: «أن يهودياً رض رأس جارية بين حجرين فأمر صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ برض رأسه كذلك».

وقد وافقنا أبو حنيفة على أنَّ القتل بالعمود يوجب القود وقيس عليه غيره ولأنَّ القصاص شرع لصيانة النفس فلو لم يجب بالمثقل لما حصلت الصيانة. والمراد بـ (المثقل) ما يقتل غالباً كالحجر والدبوس الكبيرين والتحريق والصلب وهدم الجدار أو السقف عليه ودفنه حياً وعصر انثييه عصراً شديداً (النجم ج٨/٣٢٨ ـ ٣٢٩ مع تقديم وتأخير وزيادة).

(أو) كان الذي قتل به **(محدداً)** كما لو غرز إبرة بمقتل كدماغ وعين وخاصرة واحليل ومثانة وعجان: وهو ما بين القبل والدبر وحلق وأصول أذن فمات به لخطر ذلك وشدة تأثيره فالقليل في هذه المواضع يعمل عمل الكثير في

ن كانت الجناية عمداً على النفس أو الأطراف وجب القصاص فيجب
الأعضاء حيث أمكن من غير حيف كالعين والجفن ومارن الأنف
و ما لان منه والأذن والسن..............................

الشرح

رها. أو غرزها بغير مقتل كإلية وعضد وفخذ وتورم حتى مات فإن لم يظهر أثر
ات في الحال فشبه عمد وقيل عمد وقيل لا شيء؛ أما لو غرزها فيما لا يؤلم
جلدة العقب فلا شيء بحال للعلم بأنَّه لم يمت منه وإنما هو موافقة قدر كما لو
ى عليه خرقة أو ضربه بقلم فمات وهذا محله إذا لم يبالغ في إدخال الإبرة فإن
غ وجب القود قولاً واحد (النجم مع المنهاج بالمعنى ج٨/٣٣٠ ـ ٣٣١).

(**فإن كانت الجناية عمداً على النفس أو الأطراف وجب**) على الجاني
لقصاص) فيهما وهو القود وسمي القصاص قوداً لأنهم يقودون الجاني بحبل
غيره، ولا بد للقصاص فيما دون النفس من الشروط المتقدمة، ولما كانت
أطراف مشاركة للنفس في وجوب القصاص فيها وفي الشروط السابقة فرع
مصنف على ذلك فقال، (**فيجب**) أي القصاص (**في الأعضاء حيث أمكن**)
ستيعاب القصاص فيها (**من غير حيف**) أي ميل بأن لا يزيد على أخذ الواجب،
الذي أمكن استيفاؤه بالقصاص من الأعضاء هو ما كان له مقطع واحد أو كان
ا مفصل من المفاصل والمراد بالمفصل: موضع انفصال العضو من العضو
مرفق وكوع، ومفصل القدم والركبة حتى أصل الفخذ والمنكب فيجب في هذه
لمفاصل إن أمكن بلا إجافة (فيض الإله المالك ج٢/٥٠٢)، لأنَّ المقصود
لمساواة فمتى حصلت فعلت وإلا إذا لم يكن القصاص إلا بإجافة لم يقتص
سواء أجافه الجاني أم لا لأن الجوائف لا تنضبط ضيقاً وسعة وتأثيراً ونكاية
ولذلك لم يجز القصاص فيها (النجم ج٨/٣٨٨)، وقد مثل المصنف للقصاص
في الأعضاء فقال، (**كالعين والجفن ومارن الأنف وهو ما لان منه والأذن والسن**

واللسان والشفة واليد والرجل والأصابع والأنامل والذكر والأنثيين والفرج ونحو ذلك. بشرط المماثلة فلا تؤخذ يمين بيسار ولا أعلى بأسفل وبالعكس ولا صحيح بأشل ....

الشرح

واللسان والشفة واليد والرجل والأصابع والأنامل والذكر والأنثيين) لأن لها نهايات مضبوطة وإن لم يكن مفصل **(والفرج)** أي الشفرين المشتمل عليهما **(ونحو ذلك)** كالإليتين لأن لها حداً تنتهي إليه.

[تَنْبِيهٌ]: يؤخذ بعض الذكر ببعضه على الأصح باعتبار الجزئية، ويؤخذ ذكر الفحل بذكر الخصي والمختون بالأغلف وعكسه أي الأغلف بالمختون لأن إزالة تلك الزيادة مستحبة فهي كالمعدومة (النجم ج٨/٣٨٩ مع زيادة شرح التنبيه ج٢/٧٧٢).

(بشرط المماثلة) أي المساواة ويعبر عنها بالاشتراك بالاسم الخاص، قال في الدميري (٣٨٣/٨): ولا يشترط في قصاص الطرف التساوي في البدل كما لا يشترط في قصاص النفس فتقطع يد العبد بالعبد والرجل بالمرأة وبالعكس ويد الذمي بيد المسلم، والعبد بالحر دون العكس، وقال أبو حنيفة: إنما يجري قصاص الطرف بين حرين أو حرتين ولا يجري بين العبدين ولا بين العبد والحر ولا بين الذكر والأنثى.

(فلا تؤخذ يمين) من يد ورجل وأذن وجفن ومنخر **(بيسار)** لاختلاف المحل والمنفعة والمقصود مِنْ القصاص المساواة ولا مساواة بينهما (النجم ج٨/٣٩٦).

(ولا أعلى بأسفل) من جفن وشفة **(وبالعكس)** أي لا تؤخذ يسار بيمين وأسفل بأعلى، **(ولا)** يؤخذ **(صحيح بأشل)** وإن رضي الجاني لأنَّ العضوَ

ولا قصاص في عظم فلو قطع اليد من وسط الذراع اقتص من الكف وفي الباقي حكومة ويقتص للأنثى من الذكر، وللطفل من الكبير وللوضيع من الشريف في النفس والأعضاء ولا يجوز أن يستوفي القصاص إلا بحضرة السلطان أو نائبه ....

الشرح

الأشل مسلوب المنفعة فلا يؤخذ به كامل المنفعة، ويؤخذ الأشل بالصحيح لأنَّه دونه ولا أرش له، ويشترط قول أهل الخبرة أنَّ انسداد العروق ممكن ولا يخشى من ذلك تلف النفس وإلا فلا يؤخذ. (**ولا قصاص في**) كسر الـ (**عظم**) لعدم الوثوق بالمماثلة لأنَّ الكسر لا يدخل تحت الضبط (**فلو قطع اليد من وسط الذراع اقتص من الكف**) ولا يقتص من الذراع (**و**) تجب (**في الباقي حكومة**) لتعذر القصاص وله أن يعفو ويعدل إلى المال، وعند أبي حنيفة: لا يجمع بين القطع والمال، بل يسقط القصاص ويجب المال (النجم ج٨/٣٩٠)، (**ويقتص للأنثى من الذكر**) وذهب إلى قتله بها أكثر أهل العلم، وحكى ابن المنذر الإجماع على ذلك، وعن الحسن البصري أنه لا يقتل الرجل بالأنثى وكأنه يستدل بقوله تعالى: ﴿وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ﴾ ورد ما قاله الحسن بأنه ثبت في كتاب عمرو بن حزم الذي تلقاه الناس بالقبول أن الذكر يقتل بالأنثى فهو أقوى مِنْ مفهوم الآية (سبل السلام ج٣/٤٨٣).

(**وللطفل من الكبير وللوضيع من الشريف**) وكذلك يقتص من العالم للجاهل ومن السلطان للزبال، (**في النفس والأعضاء**) لأنهم لم يعتبروا التفاوت في هذه الأمور وإنما يعتبرون التفاوت في الإسلام والحرية والأصالة والسيادة بخلاف غيرها من الأمور المذكورة (انظر البيجوري ٢/٢١١).

(**ولا يجوز أن يستوفي القصاص إلا بحضرة السلطان أو نائبه**) لاحتياجه إلى نظر واجتهاد ولأنَّ أمر الدم عظيم سواء حُكِمَ للمستحق بالقصاص أمْ لا،

فإن كان من له القصاص يحسنه مكنه منه وإلا أمر بالتوكيل وإن كان القصاص لاثنين لم يجز لأحدهما أنْ ينفرد به فإن تشاحا فيمن يستوفيه أقرع بينهما..........................

الشرح

وقال أبو اسحاق المروزي ومنصور التميمي: إنَّ المستحق يستقل بالاستيفاء كالأخذ بالشفعة وسائر الحقوق، والصحيح المنصوص الأول، وسواء فيه قصاص النفس والطرف فإن استقل المستحق باستيفائه عزرَ لافتياته على الإمام ومع ذلك لا غرم عليه ويقع عَنْ القصاص (النجم بتصرف ج٨/٤٢١ ـ ٤٢٢).

(**فإن كان من له القصاص**) في النفس لا في الأطراف (**يحسنه**) أي الاستيفاء بأن كانَ رجلاً قوي النفس واليد (**مكنه منه**) إذا طلب ذلك من الإمام ونحوه، لقوله تعالى: ﴿فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَانًا﴾ ولأنَّ التشفي يكمل بذلك (النجم ج٨/٤٢٢ ـ ٤٢٣).

(**وإلا**) أي وإن لم يُحسنه كالمرأة والضعيف والجبان (**أُمِرَ بالتوكيل**) فإن لم يوجد من يتطوع استؤجر من خمس الخمس لأنَّ ذلك من المصالح فإن لم يكن استؤجر من مال الجاني لأنه حق عليه فيلزمه أجرة استيفائه (التنبيه مع شرحه ج٢/٧٧٦).

(**وإن كان القصاص لاثنين**) أو أكثر (**لم يجز لأحدهما أنْ ينفرد به**) لما فيه من الافتيات على الآخر فإن تراضيا على أن يستوفيه أحدهما جاز وكانَ المستوفي وكيلاً عَنْ صاحبه في حصته.

ولا يجوز لهم أن يجتمعوا على مباشرة قتله لأنَّ فيه تعذيباً ولكن يتفقون على واحد يستوفيه أو يوكلون أجنبياً (النجم ج٨/٤١٨).

(**فإن تشاحا فيمن يستوفيه أقرع بينهما**) وهذا الإقراع واجب كما صرح به

الشرح

الروياني فمن خرجت له القرعة تولاه ولكن بإذن الباقين فإن منعه غيره امتنع لأنَّ حقه من الاستيفاء لا يسقط بخروجها لغيره بدليل صحة إبرائه منه والعفو على مال بخلاف تنازع الأولياء في التزويج إذا خرجت قرعة واحد فإنَّه يزوج ولا يحتاج إلى إِذن الباقين لأنَّ القصاص مبنى على الإسقاط والنكاح لا يجوز تأخيره.

وفي وجه: لا حاجة بعد خروج القرعة إلى إذن الباقين لتظهر فائدة القرعة (النجم ج٨/٤١٨).

(**ولا يقتص مِنْ حامل**) في النفس والطرف (**حتى تضع**) ولدها وترضعه اللبأ لأنه لا يعيش بدونه غالباً (شرح التنبيه ج٢/٧٧٦)، (**ويستغنى الولد بلبن غيرها**) من امرأة أخرى أو بهيمة يحل لبنها (المغني ج٤/٥٤).

[فروع]

لو بادر المستحق وقتلها بعد انفصال الولد قبل وجود ما يغنيه فماتَ لزمه القود فيه كما لو حبس رجلاً ببيت ومنعه الطعام حتى مات فإن قتلها وهي حامل ولم ينفصل حملها أو انفصل سالماً ثم مات فلا ضمان عليه لأنه لا يعلم أنه مات بالجناية فإن انفصل ميتاً فالواجب فيه غرة وكفارة أو متألماً ثم مات فدية وكفارة لأنَّ الظاهر أنَّ تألمه وموته من موتها والديه والغرة على عاقلته لأن الجنين لا يباشر بالجناية ولا تتيقن حياته فيكون هلاكه خطأ أو شبه عمد بخلاف الكفارة فإنها في ماله، وإن قتلها الولي بأمر الإمام كان الضمانُ على الإمام علما بالحمل أو جهلا أو علم الإمام وحده لأن البحث عليه وهو الآمر به والمباشر كالآلة لصدور فعله عن رأيه وبحثه وبهذا فارق المكره حيث يقتص منه فإن علم

ومن قطع اليد ثم قتل تقطع يده ثم يقتل فإن قطع اليد فمات من ذلك قطعت يده فإن مات فهو وإلا قتل ومتى عفا مستحق القصاص على الدية سقط القصاص ووجبت الدية بل لو عفا بعض المستحقين مثل أن كان للمقتول أولاد فيعفو أحدهم سقط القصاص ووجبت الدية

الشرح

الولي دُونَه فالضمان عليه لاجتماع العلم مع المباشرة (المغني ج٤/٥٤).

(**ومن قطع اليد ثم قتل تقطع يده ثم يقتل**) للماثلة له في فعله (**فإن قطع اليد فمات**) المقطوع يده (**من ذلك**) بالسراية (**قطعت يده**) أي القاطع (**فإن مات**) القاطع بعد قطع يده بالسراية (**فهو**) أي تم القصاص، (**وإلا قتل**) بحز رقبته ويجوز للولي الاقتصار على حز رقبة القاطع لأنَّه أسهل على الجاني من القطع ثم الحز، وعند أبي حنيفة يقتصر على حز الرقبة (النجم ج٨/٤٣٣).

(**ومتى عفا مستحق القصاص على الدية سقط القصاص ووجبت الدية**) وإن لم يرض الجاني لما روى البيهقي عن مجاهد وغيره كان في شرع موسى عَلَيْهِ السَّلَامُ تحتم القصاص جزماً وفي شرع عيسى عَلَيْهِ السَّلَامُ الدية فقط فخفف الله تعالى عن هذه الأمة وخيرها بين الأمرين لما في الإلزام بأحدهما من المشقة ولأنَّ الجاني محكوم عليه فلا يعتبر رضاه كالمحال عليه والمضمون عنه ولو عفا عن عضو من أعضاء الجاني سقط كله كما أنَّ تطليق بعض المرأة تطليق لكلها (النجم بتصرف ج٨/٤٤٠ ـ ٤٤١).

(**بل لو عفا بعض المستحقين مثل أن كان للمقتول أولاد فيعفو أحدهم سقط القصاص ووجبت الدية**) وإن لم يرض بقية الأولاد لأن القصاص لا يتجزأ ويغلب فيه جانب السقوط لحقن الدماء (النجم ج٨/٤٤١بتصرف). وخرج بقوله على الدية ما لَو أطلق الولي العفو عَنْ القصاص ولم يتعرض للدية بنفي أو إثبات

ومن قتل جماعة أو قطع عضواً من جماعة واحداً بعد واحدٍ اقتص منه للأول وللباقين الدية فإن جنى عليهم دفعة أقرع وإن اشترك جماعة في قتل واحد قتلوا به سواء استوت جنايتهم أو تفاوتت حتى لو جرحه واحد جراحة وآخر مائة......................

الشرح

فالمذهب لا دية لأنَّ القتل لم يوجب الدية والعفو إسقاط ثابت لا إثبات معدوم (المغني ج٤/٦١ بتصرف).

(**ومن قتل جماعة**) على الترتيب (**أو قطع عضواً من جماعة واحداً بعد واحدٍ اقتص منه للأول**) لسبق حقه، وقيل يقتل بجميعهم وتجب لكل واحد من الأولياء حصته من الدية حكاه الفوراني وإليه ذَهَبَ أبو حنيفة ولا فرق بين أن يكونَ ولي الأول حاضراً أو لا، وفي [الإبانة] قول: إنَّ ولي الأول إنْ غاب أو كان صبياً فلولي الثاني أن يقتص، والمشهور الأول (النجم ج٨/٣٧٣).

(**وللباقين الدية**) ليأسهم من القود فإن وفت بهم التركة وإلا وزعت (التحفة ج٨/٤١٠).

(**فإن جنى عليهم دفعة**) ولو احتمالاً كأن هدم عليهم جداراً أو جرحهم وما توا معاً وتنازعوا فيمن يقدم بقتله ولو بعد تراضيهم بتقديم أحدهم (التحفة ج٨/٤١٠). (**أقرع**) وجوباً قطعاً للنزاع (التحفة ج٨/٤١٠)، ويجب حينئذ تقديم مَنْ خرجت له القرعة فلو بادر واحد فقتله أو قطعه من غير قرعة فقد استوفى حقه ووجبت الدية للباقين وكذا لو بادر بعد القرعة لكنه يأثم لأنه قتل نفساً منع من قتلها ويعزر بذلك لإبطال حق غيره (النجم بالمعنى ج٨/٣٧٤)،

(**وإن اشترك جماعة في قتل واحد قتلوا به**) بشرط أن يكون كفؤاً لهم (**سواء استوت جنايتهم أو تفاوتت حتى لو جرحه واحد جراحة وآخر مائة**

جراحة ومات وكانت تلك الجراحة المفردة أو تلك الجراحات مما لو انفردت لقتلت لزمهما القصاص، اللَّهُمَّ إلا أن يقطع الثاني جناية الأول بأن يقطع الأول يده ونحوها..............................

الشرح

جراحة ومات وكانت تلك الجراحة المفردة أو تلك الجراحات مما لو انفردت لقتلت لزمهما القصاص) لما روى مالك والشافعي والبخاري والبيهقي أنَّ عمر قتل نفراً خمسة أو سبعة برجل قتلوه غيلة، وقال: «لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلهم جميعاً» ولم ينكر عليه فصار إجماعاً.

و(الغيلة) أن يخدع ويقتل في موضع لا يراه فيه أحد، وقتل علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ثلاثة بواحد، وقتل المغيرة سبعة بواحد، وقال ابن عباس: «إذا قتل جماعة واحداً قتلوا به ولو كانوا مئة» ولم ينكر عليهم أحد فكان إجماعاً؛ ولأنَّ القصاص عقوبةٌ تجبُ للواحد على الواحد فتجبُ للواحد على الجماعة كحد القذف، وأيضاً: القصاص شرع لحقن الدماء، فَلَو لم يجب عند الاشتراك لكانَ كل من أراد أن يقتل عدوه يستعين بآخر على قتله فيزداد قوة ويتمكن بسبب المعاونة على ما لا يقدر عليه وحده ويحصل غرضه، ويأمن القصاص، ونقل الماسرجسي والقفال قولاً عَنْ القديم: أنَّ للولي أن يقتل واحداً منهم باختياره، ويأخذ حصة الآخرين من الدية ولا يقتل الجميع ويكفي في الزجر كون كل واحد منهم على وَجل من القتل ويروى هذا عن مالك وهو مذهب الزهر ي وابن سيرين، وقال ربيعة وداوود: لا سبيل إلى قتلهم به، بل تؤخذ منهم الديات بالسوية، وعلى المشهور: إن آل الأمر إلى الدية أخذت دية واحدة (النجم ج٨/٣٦٨ ـ ٣٦٩).

(اللهم) استدراك على ما تقدم بمعنى أنه يلزم القصاص في جميع الأحوال **(إلا أن يقطع الثاني جناية الأول بأن يقطع الأول يده ونحوها)** ولم يصل بالقطع

يقطع الثاني رقبته أو يقدَّه نصفين فالأول جارح، والثاني قاتل ولو شارك العامد مخطئاً فلا قصاص على أحد ولو شارك الأجنبي أباً اقتص من الأجنبي ....

الشرح

إلى حركة مذبوح (ويقطع الثاني رقبته أو يقدَّه نصفين فالأول جارح) فيلزمه قصاص العضو أو مال بحسب الحال من عمد أو غيره (والثاني قاتل) فعليه القصاص لأنَّ الجرح إنما يقتل بالسراية وقطع الرقبة أو القد يقطع أثرها ولا فَرقَ بين أن يتوقع البرء من الجراحة السابقة أو يتقين الهلاك بها بعد يوم أو أيام لأنَّ له في الحال حياة مستقرة، وقد عهد عمر رضي الله تعالى عنه في هذه الحالة وعمل بعهده ووصاياه (المغني ج٤/١٧).

وعن مالك: إذا تيقن هلاكه بالجراحة السابقة فالقاتل الأول دونَ الثاني (النجم ج٨/٣٤٨) أما إذا أنهاه الأول إلى حركة مذبوح بأن لم يبق معها إبصار ونطق وحركة اختيارية ثم جنى الثاني فالأول قاتل ويعزر الثاني كما لو قطع عضواً من ميت، وإن شك في وصوله لحركة مذبوح رجع إلى أهل الخبرة (المغني مع تقديم وتأخير ج٤/١٦ - ١٧).

(ولو شارك العامد مخطئاً فلا قصاص على أحد) لأنَّ الزهوقَ حصل بفعلين أحدهما يوجبه والآخر ينفيه فغلب المسقط لوجوب الشبهة في فعل المتعد وعليهما الدية على الأول نصف دية العمد وعلى عاقلة الثاني نصف دية الخطأ (التحفة ج٨/٤٠٧).

(ولو شارك الأجنبي أباً اقتص مِن الأجنبي) وعلى الأب نصف الدية مغلظة، وفارق شريك الأب شريك المخطئ بأن الخطأ شبهة في فعل الخاطئ والفعلان مضافان إلى محل واحد فأورث شبهة القصاص كما لو صدر من واحد وشبهة الأبوة في ذات الأب لا في الفعل وذات الأب متميزة عن ذات الأجنبي

ويجب القصاص أيضاً في كل جرح انتهى إلى عظم كالموضحة في الرأس والوجه وجرح العضد والساق والفخذ إذا انتهى الجرح إلى العظم والمراد بالموضحة وبانتهاء الجرح إلى العظم أن يعلم وصول السكين أو المسلة مثلاً إلى العظم، ولا يشترط ظهور العظم ورؤيته.

الشرح

فلا تورث شبهة في حقه (المغني ج٤/٢٧).

وبقولنا قال مالك وأحمد، وقال أبو حنيفة لا قصاص على شريك الأب وحكاه الصيمري قولاً (النجم ج٨/٣٧٠).

(**ويجب القصاص أيضاً في كل جرح انتهى إلى عظم**) قال تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾، (**كالموضحة في الرأس والوجه**) لتيسر ضبطها واستيفاء مثلها وادعى المتولي في ذلك الإجماع. (**وجرح العضد والساق والفخذ**) قياساً على الموضحة بجامع أنَّه يمكن اعتبار المماثلة فيها لكون نهايتها معلومة، وقيل: لا يجب فيما عدا الموضحة لأنَّها لما خالفتها في وجوب الأرش خالفتها في وجوب القصاص اهـ (التنبيه مع شرحه ٢/٧٦٨).

(**إذا انتهى الجرح إلى العظم**) لأنَّه يمكن استيفاء القصاص فيها من غير حيف أما إن كانت الجروح لا تنتهي إلى عظم كالجائفة وما دون الموضحة من الشجاج أو كانت الجناية على عظم ككسر الساعد والعضد والهاشمة والمنقلة لم يجب فيها القصاص لأنه لا تمكن المماثلة فيه ولا يؤمن أن يستوفي أكثر من الحق فسقط اهـ (المهذب ج٢/١٧٨). (**والمراد بالموضحة وبانتهاء الجرح إلى العظم أن يعلم**) الجارح (**وصول السكين أو المسلة**) وهي المخيط المعروف (**مثلاً إلى العظم ولا يشترط ظهور العظم ورؤيته**) بل الشرط أن تصل إليه من غير كسر لأنَّه مع الكسر لا تمكن المماثلة. والله أعلم.

فَصْلٌ

ذا كان القتل خطأ أو عمد خطأ أو آل الأمر في العمد بالعفو إلى الدية جبت الدية ودية الحر المسلم الذكر مائة من الإبل فإن كان عمداً

الشرح

(فَصْلٌ)

(إذا كان القتل خطأ أو عمد خطأ أو آل الأمر في العمد بالعفو إلى الدية جبت الدية) أما في الخطأ فلقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ فأوجبَ الدية ولم يتعرض للقصاص وأما في سبه العمد فلما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان عن عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنَّ النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ألا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط و العصا مئة مِن الإبل مغلظة منها: أربعون خَلِفَة في بطونها أولادها» وأما في لعمد فلقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ قُتِلَ له قتيل فهو بخير النظرين». **(ودية الحر لمسلم الذكر مائة من الإبل)** لأنَّ الله تعالى أوجبها في الآية المذكورة مجملة وبينها النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في كتاب عمرو بن حزم بقوله: «في النفس مائة من الإبل»، وأول من سَنَّها مائة: عبد المطلب، ويقال: أبو سيارة الذي أجاز الحاج أربعين سنة في الجاهلية من المزدلفة إلى منى، ولا تختلف الدية بالفضائل والرذائل وإن اختلفت بالأديان والذكورة والأنوثة بخلاف الجناية على الرقيق فإن فيها القيمة المختلفة بالفضائل والرذائل وغير ذلك ثم قد يعرض ما تغلظ به الدية وما تنقص به. أما المغلظات فأربعة أسباب: كون القتل في الحرم أو الأشهر الحرم أو لذي رحم محرم أو عمداً أو شبه عمد، والمنقصات: الأنوثة والرق والاجتنان والكفر؛ فالأنوثة ترد إلى الشطر، والرق إلى القيمة والاجتنان إلى الغرة، والكفر إلى الثلث أو أقل (النجم ج٨/٤٥٥ ـ ٤٥٦). **(فإن كان)** القتل **(عمداً)** وإن لم نوجب القصاص لمانع من الموانع كقتل الوالد الولد

فهي مغلظة من ثلاثة أوجه كونها حالة وعلى الجاني ومثلثة ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة أي حوامل في بطونها أولادها وإن كان عمد خطأ فهي مغلظة من وجه واحد كونها مثلثة مخففة من وجهين كونها مؤجلة وعلى العاقلة، وإن كان خطأ فهي مخففة من ثلاثة أوجه: كونها مؤجلة وعلى العاقلة ومخمسة عشرين بنت مخاض وعشرين بنت لبون وعشرين ابن لبون.........

الشرح

(النجم ٨/٤٥٦)، (**فهي مغلظة من ثلاثة أوجه كونها حالة وعلى الجاني ومثلثة ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة أي حوامل في بطونها أولادها**) لما روى الترمذي عن عمرو بن شعيب عَنْ أبيه عَنْ جده أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: من قتل متعمداً دفع لولي المقتول فإن شاؤوا قتلوا وإن شاؤوا أخذوا الدية، وهي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة» فهي مغلظة من ثلاثة أوجه و(الخلفة) بفتح وكسر اللام ليس لها جمع من لفظها عند الجمهور بل جمعها: مخاض، كما يقال: امرأة ونساء. وقال الجوهري، جمعها: خلف، وقال ابن سيده: خلفات وهو القياس (النجم ج٨/٤٥٦ ـ ٤٥٧).

(**وإن كان عمد خطأ فهي مغلظة من وجه واحد كونها مثلثة مخففة من وجهين كونها مؤجلة وعلى العاقلة**) روى أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «عقل شبه العمد مغلظ مثل عقل العمد، ولا يقتل صاحبه» رجاله ثقات، ولأنَّ شبه العمد متردد بين الخطأ والعمد، فأعطي حكم هذا من وجه وهذا من وجه، وفي وجه أنها لا تجب على العاقلة (النجم ج٨/٤٦١).

(**وإن كان**) القتل (**خطأ فهي مخففة من ثلاثة أوجه: كونها مؤجلة وعلى العاقلة ومخمسة عشرين بنت مخاض وعشرين بنت لبون وعشرين ابن لبون**

وعشرين حقة وعشرين جذعة اللَّهُمَّ إلا أن يقتل ذا رحم محرم أو في الحرم أو في الأشهر الحرم: وهي ذو القعدة وذو الحجة والمحرم ورجب فإنها تكون مثلثة خطأ كان أو عمداً ....

الشرح

وعشرين حقة وعشرين جذعة) لما روى أحمد والأربعة عن ابن مسعود أنَّ النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال «دية الخطأ أخماس».

قال ابن مسعود: (عشرون جذعة، وعشرون حقة، وعشرون بنت لبون، وعشرون بنو لبون، وعشرون بنات مخاض).

ورفع بعضهم هذا التفسير إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأجمعت الصحابة عليه وإن كان موقوفاً: لأنه روي عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وعن علي وإنما أخذ الشافعي به لأنَّه أقل ما قيل (النجم ج٨/٤٥٧).

(اللهم إلا أن يقتل ذا رحم محرم) كأم وأخت **(أو في الحرم)** وإن خرج المجروح منه ومات خارجه بخلاف عكسه (التحفة ج٨/٤٥٢)، **(أو في الأشهر الحرم وهي ذو القعدة وذو الحجة)** بفتح القاف وكسر الحاء على الأفصح فيهما **(والمحرم)** قال في التحفة خصوه بالتعريف إشعاراً بكونه أول السنة كذا قيل والظاهر أنَّ أل فيه للمح الصفة لا للتعريف فالمراد وخصوه بأل وبالمحرم مع تحريم القتال في جميعها لأنَّه أفضلها فالتحريم فيه أغلظ وقيل لأن الله تعالى حرم الجنة فيه على إبليس (التحفة ج٨/٤٥٣). **(ورجب)** قيل لم يعذب الله فيه أمة ورُدَّ بأنَّ جمعاً ذكروا أنَّ قوم نوح اغرقوا فيه (التحفة ج٨/٤٥٣)، **(فإنها تكون مثلثة خطأ كان)** القتل **(أو عمداً)** فَعَلَ هذا جمع من الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وأقرهم الباقون ولعظم حرمة الثلاثة زجر عنها بالتغليظ من هذا الوجه فقط بخلاف حرم المدنية والإحرام ورمضان وإن كان أفضل من الحرم ومحرم

ولا يؤخذ في الإبل معيب فإن تراضوا على العوض عَنْ الإبل جاز ودية المرأة في النفس وغيرها نصف دية الرجل ودية اليهودي والنصراني ثلث دية المسلم.......................................

الشرح

الرضاع والمصاهرة وبقية الأرحام كبني العم لأنَّ المدار في ذلك على التوقيف مَعَ تراخي حرمة غير رمضان (التحفة ج٨/٤٥٣)، وخرج بالخطأ العمد وشبه العمد فلا يزيد واجبها بهذه الثلاثة اكتفاء بما فيهما من التغليظ (التحفة ج٨/٤٥٤). (**ولا يؤخذ في الإبل معيب**) بعيب البيع السابق بيانه فيه (التحفة ج٨/٤٥٤)، (**فإن تراضوا على العوض عَنْ الإبل جاز**) كسائر أبدال المتلفات ومحل جواز أخذ العوض إنْ علما قدر الواجب وصفته وسنه وقولهم لا يصح الصلح عن إبل الدية محله إن جهل واحد مما ذكر (التحفة ج٨/٤٥٤)، ولو عدمت الإبل من المحل الذي يجب تحصيلها منه حساً أو شرعاً بأن وجدت فيه بأكثر من ثمن مثلها وجبت في الجديد قيمتها بالغة ما بلغت يوم وجوب التسليم (التحفة ج٨/٤٥٦) لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنَّ النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «كان يُقَوم الإبل على أهل القرى فإن غَلَتْ رفع في قيمتها وإذا هانت نقص من قيمتها» رواه الشافعي وأبو داود والنسائي.

وفي القديم أنَّه يجب الف دينار على أهل الذهب أو اثني عشر ألف درهم على أهل الفضة لوروده في كتاب عمرو بن حزم السابق وعلى هذا يزاد للتغليظ قدر الثلث (شرح التنبيه ج٢/٧٩٠ ـ ٧٩١).

(**ودية المرأة**) الحرة والخنثى المشكل (**في النفس وغيرها**) من الجروح وقطع الأطراف (**نصف دية الرجل**) إجماعاً في نفس المرأة وقياساً في غير النفس (التحفة مع ع ب ج٨/٤٥٦). (**ودية اليهودي والنصراني**) الذي له أمان وتحل مناكحته (التحفة ج٨/٤٥٦)، (**ثلث دية المسلم**) نفساً وغيرها لقضاء

ودية المجوسي ثلثا عشر دية المسلم ودية العبد قيمته وأعضاؤه وجراحاته ما نقص منها وفيما إذا ضرب بطنها فألقت جنيناً ميتاً غرة

الشرح

عمر وعثمان رضي الله تعالى عنهما به ولم ينكر مع انتشاره فكان إجماعاً (التحفة ج٨/٤٥٦)، أما من لا أمان له فهدر وأمَّا من لا تحل مناكحته فديته كدية المجوسي (التحفة ج٨/٤٥٧).

(**ودية المجوسي**) الذي له أمان (**ثلثا عشر دية المسلم**) وهي ستة أبعرة وثلثان لقضاء عمر به أيضاً ولأنَّ للذمي بالنسبة للمجوسي خمس فضائل كتاب ودين كان حقاً وحل ذبيحته ومناكحته وتقريره بالجزية، وليس للمجوسي منها إلا آخرها فكان فيه خمس ديته وهذه أخس الديات (التحفة ج٨/٤٥٧)

(**ودية العبد قيمته**) قال الدميري (٥٢٨/٨): بالاتفاق كسائر الأموال المتلفة لكن تختلف بالفضائل والرذائل دون الذكورة والأنوثة والأديان ولا مدخل فيها للتغليظ، ولا يختلف الخطأ والعمد في ضمانه ويستوي فيه القن والمكاتب والمدبر وأم الولد فلو كانت مزوجة وجبت قيمتها على الصفة التي كانت عليها حالة الإتلاف (**وأعضاؤه وجراحاته ما نقص منها**) أي من قيمته إن لم يتقدر ذلك الجرح في الحر وإلا بأن قدرت في الحر كموضحة وقطع عضو فيجب مثل نسبته من قيمة الرقيق لأنَّا نُشبه الحر بالرقيق في الحكومة ليعرف قدر التفاوت ليرجع به ففي المشبه به أولى ولأنه أشبه الحر في أكثر الأحكام بدليل التكليف فألحقناه في التقادير ففي قطع يده نصف قيمته وفي يديه قيمته وفي أصبعه عشرها وفي موضحته نصف عشرها وعلى هذا القياس (المغني ج٤/٩٧).

(**وفيما إذا ضرب بطنها**) أي المرأة وكذا لو ضرب غير بطنها أو أخافها (**فألقت جنيناً ميتاً غرة**) لما روى الشيخان «أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى في جنين

الهذلية بغرة عبد أو أمة» ورويا أيضاً: أن عمر استشار الناس في إملاص المرأة، فقال المغيرة بن شعبة: «شهدت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى فيها بغرة عبد أو وليدة» فقال: «ائتني بمن يشهد معك» فأتاه بمحمد بن مسلمة فشهد له، ثم قيل إن عمر لما جاءه خلاف ما يعلم أراد التثبت لا أنه يرد خبر الواحد.

وقيل مراده: أنه إذا سمع الناس أنَّ هذا حاله مع رواية الصحابي تثبتوا واحتاطوا في الرواية. وأجمعت الأمة على ذلك، وسواء كان الجنين ذكراً أو أُنثى لإطلاق الخبر، لأن ديتهما لو اختلفت لكثر الاختلاف في كونه ذكراً أو أنثى فسوى الشرع بينهما كما جعل الصاع من التمر بدل اللبن في المصراة سواء قل اللبن أو كثر (النجم ج٨/٥٨١).

(وهي عبد أو أمة) كما فسرها النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، والخيرة في ذلك إلى الغارم ويجبر المستحق على قبولها من أي نوع كانت، وعلم منه امتناع الخنثى لأنَّه ليس بذكر ولا أنثى، ولا بد أن يكون مميزاً لأنَّ غيره ليس من الخيار ولفظ الخبر وإن كان يشمله لكن يجوز أن يستنبط من النص معنى يخصصه، لأنَّ المقصود من الغرة جبر الخلل ولا جبر مع الصغر (النجم ج٨/٥٨٥ ـ ٥٨٦).

(سليمة) من عيب يثبت به الرد في البيع لأنَّ المعيبَ ليس من الخيار فإن قيل قد اكتفى في الكفارة بالمعيب إذا كان العيب لا يخل بالعمل، فهلا كان هنا كذلك، أجيب بأنَّ الكفارة حق لله تعالى والغرة حق لآدمي، وحقوق الله تعالى مبنية على المساهلة، فإنْ رضي المستحق بالعيب جاز لأنَّ الحق له (المغني ج٤/١٢٨).

(بقيمة نصف عشر دية الأب أو عشر دية الأم) وذلك خمس من الإبل

عاقلة هي العصبات ما عدا الأَب والجد والابن وابن الابن ولا يعقل ير ولا صبي ولا مجنون ولا كافر عن مسلم وعكسه، فيجب عليهم ية النفس...

الشرح

العاقلة هي العصبات) أي الذين يرثون بالنسب والولاء مِنْ الذكور، قال شافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لا أعلم مخالفاً: أنَّ العاقلة العصبة وهم القرابة من جهة الأب عصبات الولاء، قال: ولا أعلم مخالفاً أنَّ المرأة والصبي وإن أيسرا لا يحملان يئاً وكذا المعتوه.

وجهات التحمل ثلاثة: العصوبة والولاء وبيت المال (النجم ج٨/٥٦٢)، ما عدا الأب والجد والابن وابن الابن) فإنهم أبعاضه فكما لا يتحمل الجاني يتحمل أبعاضه (النجم ج٨/٥٦٣).

روى أبو داود عن جابر: أنَّ امرأتين قتلت إحداهما الأخرى ولكل واحدة نهما زوج وولد فجعل رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على عاقلة القاتلة وبرأ زوجها ولدها.

(ولا يعقل فقير) ولو كسوباً لأنَّ العقلَ مواساة وليس الفقير من أهلها كنفقة القريب فإن قيل الفقير تلزمه الجزية فهلا كانَ مثل هذا؟ أجيب: بأنَّ الجزية موضوعة لحقن الدم ولإقراره في دار الإسلام فصارت عِوضاً (المغني ج٤/١٢١). **(ولا)** يعقل **(صبي ولا مجنون)** لأن مبنى العقل على النصرة ولا نصرةَ فيهما لا بالعقل ولا بالرأي، بخلاف الزَمِن والشيخ الهرم والأعمى فإنهم يتحملون لأنهم ينصرون بالقول والرأي (المغني ج٤/١٢١).

(ولا) يعقل **(كافر عن مسلم وعكسه)** لأنَّه لا موالاة بينهما ولا توارث فلا مناصرة (المغني ج٤/١٢١)، **(فيجب عليهم)** أي على العصبة **(دية النفس**

الكاملة أعني المائة من الإبل في ثلاث سنين فتجب على كل غني عن
الحول في كل سنة نصف دينار وعلى كل متوسط ربع دينار فإذا بقى شي
أخذ من بيت المال ....

الشرح

الكاملة) بإسلام وحرية وذكورة **(أعني المائة من الإبل في ثلاث سنين)** في آخ
كل سنة ثلث من الدية، أما كونها في ثلاث فلما رواه البيهقي من قضاء عم
وعلي رضي الله عنهما، وعزاه الشافعي في المختصر إلى قضاء النبي صلى الله عليه وسلم وأ
كونها في كل سنة ثلث فتوزيعاً على السنين الثلاث وأمّا كونه في آخر السنة فقا
الرافعي كان سببه الفوائد كالزرع والثمار تتكرر كل سنة فاعتبر مضيها ليجتم
عندهم ما يتوقعونه فيواسون عَن تمكن (المغني ج٤/١١٩).

(فتجب على كل غني) من العاقلة وهو من يملك فاضلاً عما يبقى له ف
الكفارة عشرين ديناراً أو قدرها اعتباراً بالزكاة (المغني ج٤/١٢١)، **(عند الحو**
في كل سنة نصف دينار) على أهل الذهب أو قدره دراهم على أهل الفضة وه
ستة منها، لأنَّ ذلك أول درجة المواساة في زكاة النقد والزيادة عليه لا ضاب
لها (المغني ج٤/١٢١)، **(وعلى كل متوسط)** منهم وهو من يملك فاضلاً ع
ذكره من العشرين ديناراً أو قدرها وفوق ربع دينار لئلا يبقى فقيراً (المغن
ج٤/١٢١)، **(ربع دينار)** أو ثلاثة دراهم لأنَّه واسطة بين الفقير الذي لا شي
عليه والغني الذي عليه نصف دينار ولم نجز إلحاقه بأحد الطرفين لأنَّه إفراط أ
تفريط فتوسط فيه بربع دينار، لأنَّ الناقص عنه تافه بدليل عدم القطع به (المغن
ج٤/١٢١).

(فإذا بقى شيء) من الدية عن الجاني المسلم **(أخذ من بيت المال)** إ
انتظم لخبر: «أنا وراث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه» أخرجه أبو داو
والنسائي وصححه ابن حبان والمسلم يرثه المسلمون بخلاف الذمي والمرت

وإلا فمن الجاني وإن كان الواجب أقل من دية النفس الكاملة كواجب الجراحات ودية الجنين والمرأة والذمي فما كان قدر ثلث الكاملة أو أقل ففي سنة، وإن كان الثلثين أو أقل فالثلث في سنة والباقي في الثانية فإن زاد على الثلثين ....

الشرح

والمعاهد فإنَّه لا يرثهم، وإنَّما يوضع فيه ما لهم فيئاً بل تجب الدية في مالهم مؤجلة فإن ماتُوا حلت كسائر الديون (المغني ج٤/١١٨).

[تَنْبِيْهٌ]: استثني من عقل بيت المال اللقيط إذا جنى على نفسه خطأ وفقدت عاقلة قاتله، ففي تعليق الشيخ أبي حامد في باب اللقيط لا يعقل عنه بيت المال إذ لا فائدة في أخذها منه لتعاد إليه ومعلوم أنَّ من لا وارث له إلا بيت المال كذلك (المغني ج٤/١١٨).

(وإلا) إذا فقد بيت المال بأن لم يوجد فيه شيء، أَوْ لم ينتظم أمره بحيلولة الظلمة دونه أو لم يف **(فمن الجاني)** في الأصح بناء على أنها تلزمه ابتداء ثم تتحملها العاقلة (المغني ج٤/١١٨).

(وإن كان الواجب أقل من دية النفس الكاملة كواجب الجراحات ودية الجنين والمرأة) المسلمة والخنثى المسلم **(والذمي)** والمعاهد والمؤمن.

(فما كان قدر ثلث الكاملة) كدية اليهودي والنصراني **(أو أقل)** من الثلث كدية المجوسي ودية الجنين **(ففي سنة)** تؤخذ، وقيل تؤجل ثلاث سنوات لأنها بدل نفس محترمة (المغني ج٤/١١٩). **(وإن كان)** الواجب قدر **(الثلثين)** وذلك كدية جراحة نفذت مِنْ بطنه وخرجت من ظهره وهي الجائفة **(أو)** كان الواجب **(أقل)** من الثلثين وأكثر من الثلث كدية المرأة ودية الخنثى المسلم وقطع اليد أو الرجل **(فالثلث)** يؤخذ **(في سنة والباقي في الثانية)** وقيل تؤجل ثلاثاً لأنَّها بدل نفس محترمة. **(فإن زاد)** القدر الواجب **(على الثلثين)** كدية

فالثلثان في سنتين والباقي في الثالثة وكل عضو مفرد فيه جمال ومنفعة إذا قطع وجبت فيه دية كاملة مثل دية صاحب العضو لو قتله وكذا كل عضوين من جنس فإذا قطعهما ففيهما الدية وفي أحدهما نصفها وكذا المعاني واللطائف..........................

الشرح

ثلاثة أجفان ففي كل جفن ربع الدية (**فالثلثان في سنتين**) يؤخذ في السنة الأولى في مسألة الثلاثة الأجفان ثلث وفي الثانية ثلث (**والباقي في الثالثة**) وهو نصف السدس. (**وكل عضو مفرد**) كاللسان والذكر أو حشفته (**فيه جمال**) لصاحبه (**ومنفعة إذا قطع**) بفعل الجاني (**وجبت فيه دية كاملة مثل دية صاحب العضو لو قتله**) فيجب في لسان المرأة خمسون كديتها لو قتلت.

[تَنْبِيْه]: خرج بقوله فيه جمال ومنفعة ما لا جمال فيه ولا منفعة كالذكر الأشل وكلسان الأخرس خلقياً كان الخرس أو عارضياً فإن فيه حكومة (إعانة الطالبين ج٤/١٢٦).

(**وكذا كل عضوين من جنس**) كيدين ورجلين فيهما جمال ومنفعة (**فإذا قطعهما ففيهما الدية**) الكاملة (**وفي**) قطع (**أحدهما نصفها**) كما هو معلوم. (**وكذا المعاني واللطائف**) هي المعاني فالعطف مرادف وهي ثلاثة عشر السمع والبصر والشم والنطق والصوت والذوق والمضغ والإمناء والإحبال والجماع والبطش والمشي والعقل (أنوار المسالك ص٣٣٥).

[تَنْبِيْه]: إذا أخذت دية المعاني ثم عادت استردت الدية بخلاف الأجرام فإنَّ ديتها لا تسترد بعودها فلو قطع لسانه فأخذت ديته ثم عاد لم تسترد وهكذا سائر الاجرام إلا السن غير المثغرة والجلد إذا سلخ وإفضاء ما بين قبلها ودبرها فإذا أخذت دية كل منهما ثم عاد استردت، وقد نظم ذلك بعضهم بقوله:

ديـــةُ المعـــاني تســـتردُ بعودهـــا ــــــ وديـــات الاجـــرام امـــنعنَّ لردهـــا

ففي كل معنى منها الدية ففي قطع الأذنين الدية وفي أحدهما نصفها ومثلهما العينان والشفتان واللحيان والكفان ....

الشرح

واستَثْنِ سناً غيرِ مثغرة كذا إفضاؤها والجلد ثالث عدها
(البيجوري ج٢/٢٢٣)

(ففي كل معنى منها الدية) وقد بين المصنف قدر دية الأعضاء والمعاني بقوله.

(ففي قطع الأذنين الدية) إذا كان القطع من أصلهما بغير إيضاح سواء كان سميعاً أم أصم، وذلك لخبر عمرو بن حزم في الأذن خمسون من الإبل رواه الدار قطني والبيهقي، ولأنَّهما عضوان فيهما جمال ومنفعة فوجب أن تكمل فيهما الدية فإن حَصَل فيهما إيضاح وَجَبَ مع الدية أرش (الإقناع ج٤/١٤١).

(وفي أحدهما نصفها) أي الدية والجناية في بعض الأذن بقسطه ويقدر بالمساحة (الإقناع ج٤/١٤١)، **(ومثلهما العينان)** فتجب فيهما دية كاملة لخبر عمرو بن حزم بذلك، وحكى ابن المنذر فيهما الإجماع ولأنهما من أعظم الجوارح نفعاً فكانتا أولى بإيجاب الدية وفي كل عين نصفها ولو عين أحول وأعمش وأعور وأخفش (الإقناع ج٤/١٤١).

(والشفتان) ففي قطعهما معاً دية كاملة وفي كل شفة نصفها عليا كانت أو سفلى رقيقة أو غليظة صغيرة أو كبيرة (الإقناع بالمعنى ج٤/١٤١). **(واللحيان)** وهما العظمان اللذان تنبت عليهما الأسنان السفلى، تجب فيهما الدية وفي أحدهما نصفها إذا لم يكن عليهما أسنان فإن قلع اللحيين مع الأسنان وجب دية كل واحد منهما لأنهما عضوان أصليان في الجمال والمنفعة كالشفتين مع الأسنان (التنبيه مع شرحه ج٢/٨٠٠).

(والكفان) بإصبعهما في قطعهما دية كاملة، أمَّا إذا لم تقطعا مع الأصابع

والقدمان بأصابعهما والإليتان والأنثيان والأجفان وحلمتا المرأة وشفر
ومارن الأنف واللسان.........

بأن قطعت الأصابع أولاً ثم بعد مدة قطعت الكف فلكل حكمه ففي كل إص
عشر الدية وفي الكف حكومة (إعانة الطالبين ج٤ /١٢٧).

(والقدمان بأصابعهما) ففي قطعهما معاً الدية الكاملة وفي واحدة نص
وفي قطعهما بغير أصابع بأن قطعت الأصابع أولاً ثم بعد مدة قطعت القد
فلكل حكمه (إعانة الطالبين بالمعنى ج٤ /١٢٧).

(والإليتان) وهما ما أشرف من الظهر والفخذين وإن لم ينته ذلك إ
عظم تجب فيهما الدية لما فيهما من الجمال والمنفعة للقعود والركوب و
إحداهما نصفها كقطع احدى اليدين (شرح التنبيه ج٢/٨٠١)، **(والأنث
والأجفان)** الأربعة فيها الدية وفي كل ربعها **(وحلمتا المرأة)** وهما المجتمع نا
على رأس الثدي تجب فيهما الدية وفي إحداها نصفها لتوقف منفعة الإرض
عليهما وتدخل حكومة بقيته فيها (التحفة ج٨/٤٧١ مع زيادة).

[تَنْبِيْهٌ]: في حلمتي الرجل والخنثى حكومة لأنَّه ليس فيها غ
الجمال (التحفة ج٨/٤٧١).

(وشفراها) أي حَرفا فرجها المنطبقان عليه فيهما قطعاً وإشلالاً الدية وف
كل نصفها (التحفة ج٨/٤٧٢)، **(ومارن الأنف)** وهو ما لانَ من الأنف ويشتم
على طرفين وحاجز تجب فيه الدية الكاملة لخبر صحيح فيه ولو قطع معه القص
دخلت حكومتها في ديته لأنها تابعة (التحفة ج٨/٤٦٦).

(واللسان) من الناطق وَلو لألكن وأرت وألثغ وطفل وإن فقد ذوقه عل
المعتمد عند الشيخ ابن حجر والرملي لذهاب النطق الذي فيه الدية تجب في

والحشفة وجميع الذكر وكذا في شلل هذه الأعضاء والإفضاء وسلخ الجلد وكسر الصلب وإذهاب العقل ....

الشرح

دية كاملة لخبر صحيح فيه. أما لسان الأخرس أصالة أو لعارض ففيه حكومة لذهاب أعظم منافعه (التحفة مع ع ب ج٨/٤٦٦ ـ ٤٦٧).

(**والحشفة**) ففيها وحدها دية لأنَّ اللذة المقصودة منه بها وحدها (التحفة ج٨/٤٧٢)، (**وجميع الذكر**) غير الأشل تجب الدية فيه ولو كان الذكر لصغير وشيخ وعنين أما الذكر الأشل ففيه حكومة (المغني بالمعنى ج٤/٨٢ ـ ٨٣).

(**وكذا**) تجب الدية (**في شلل هذه الأعضاء**) فإذا جنى شخص على ذكر رجل أو يديه أو كفيه فأصيبت بالشلل وجبت الدية كما في قطعها، (**والإفضاء**) وهو رفع ما بين مدخل ذكر ودبر فيصير سبيل الجماع والغائط واحد تجب فيه دية كاملة لفوات المنفعة بالكلية فإن لم يستمسك الغائط فحكومة أيضاً، هذا كله في إفضاء المرأة أما الخنثى ففيه حكومة (التحفة ج٨/٤٨١).

(**وسلخ الجلد**) الذي لم ينبت بدله فيه دية المسلوخ منه فإن نبت استردت لأنّه ليس محض نعمة جديدة لجريان العادة في نحو الجلد واللحم بالعود (التحفة ج٨/٤٧٢). (**وكسر الصلب**) تجب فيه الدية إذا لم يطق بسبب كسره المشي كما في كتاب عمرو بن حزم وفي الصلب الدية. ولو ذهب بكسر الصلب مشيه ولذة جماعه أو ذهب مشيه ومنيه فديتان لاستقلال كل بدية مع اختلاف محليهما.

(**وإذهاب العقل**) تجب فيه دية: قال ابن المنذر: أجمع كل مَن يحفظ عنه العلم على ذلك، وفي كتاب عمرو بن حزم: وفي العقل مائة من الإبل، ولأنّه أشرف الحواس فكان أحق بكمال الدية، ولأنَّ به يتميز الإنسان عن البهيمة ولا

والسمع أو الضوء أو النطق أو الشم..........................

الشرح

ينتفع بشيء انتفاعه به.

ولا يجب في إذهابه قصاص على المذهب، لاختلاف الناس في محله فقيل القلب وهو الصحيح عند أصحابنا وأكثر المتكلمين، وقيل الدماغ، وإليه ذَهَبَ أبو حنيفة وجماعة من الأطباء وقيل مشترك بينهما وهو ضد الحمق، لأنه صفة يميز بها بين الحسن والقبيح، سمي عقلاً لأنّه يعقل صاحبه عن التورط في المهالك (النجم ج٨/٥٠٦).

(و) تجب الدية كذلك في إذهاب (**السمع**) من الأذنين فإذا أذهبه من إذن وجب نصف الدية، ولو أزال أذنيه وسمعه فديتان لقطعه عضواً وإذهابه منفعة حالة في غيره فلم يدخل أرش المنفعة في دية العضو كما لو أوضحه فعمي (النجم ج٨/٥٠٩ بالمعنى).

(أو) أذهب (**الضوء**) من العينين لأنَّ منفعتهما النظر فذهابه كالشلل وفي كل عين نصف الدية، سواء الصغيرة والكبيرة وعين الطفل والشيخ والشاب والحادة والكليلة والصحيحة والعليلة والعمشاء والحولاء، فإذا أخذت دية البصر ثم عاد استردت قطعاً (النجم ج٨/٥١١).

(**أو النطق**) أي أو أذهب النطق وجبت دية كاملة، قال الشافعي لا أحفظ عن أحد لقيته من أهل العلم فيه خلافاً، ونقله ابن المنذر عن أكثر أهل العلم ومنهم الأئمة الثلاثة ولم تثبت فيه سنة؛ ثم إنما تجب الدية إذا حكم أهل الخبرة بأنَّ نطقه لا يعود فإن عَادَ استردت، فلو ادعاه امتحن في الخلوة بما يفزع فإن لم يظهر شيء حلف (النجم ج٨/٥١٣ ـ ٥١٤).

(**أو الشم**) أي أو أذهب الشم وجب دية كاملة بالقياس على البصر ولو

أذهبَ شم أحد المنخرين وجب نصف الدية ولو أخذ المجني عليه الدية ثم عاد الشم وجب ردها (النجم ج٨/٥١٣).

(أو الذوق) أي أو أذهب الذوق وجبت دية كاملة كباقي الحواس بل هو أنفع من الشم، وقد يبطل الذوق بجنايته على اللسان أو الرقبة أو غيرهما فإن ادعى ذهابه جرّب بالأشياء المرة أو الحامضة أو الحادة فإن ظهر منه تعبيس وكراهة صدقنا الجاني بيمينه وإلا فالمجني عليه، ولو ضربَه ضربة زال بها ذوقه ونطقه، وجبت ديتان لأنَّ محلهما مختلف والنفع بهما قد ألف، فليست ديتهما تأتلف (النجم ج٨/٥١٦ ـ ٥١٧).

(ففي كل إصبع عشر من الإبل) يستوي في ذلك جميع الأصابع ففي كتاب عمرو بن حزم: «في كل إصبع فما هنالك عشر من الإبل» وفي البخاري عن ابن عباس: أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «هذه وهذه سواء» يعني الخنصر والإبهام (النجم ج٨/٥٠٠). **(وفي كل سن)** لذكر مسلم **(خمس)** من الإبل لرواية عمرو بن حزم: أنَّ النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «في سنٍ خمس من الإبل» سواء في ذلك البيضاء والسوداء والطويلة والقصيرة والصغيرة والكبيرة والضرس والثنية والناب وغيرها لدخولها في لفظ السن وإن انفرد كل واحد باسم كالخنصر والسبابة والوسطى في الأصابع، لما روى أبو داود والترمذي بإسناد صحيح أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الأسنان: الثنية والضرس سواء».

وخرج بالذكر: الأنثى ففي سنها بعيران ونصف وهو نصف عشر ديتها وفي سن اليهودي والنصراني بهذه النسبة وفي سن العبد نصف عشر قيمته، وهذا كله في السن الأصلية، أما الزائدة وهي الخارجة عن سمتِ الأسنان ففيها حكومة (النجم ج٨/٤٩٣ ـ ٤٩٤ بتصرفٍ).

وأما الجراحات في البدن فالحكومة وفي الرأس والوجه فما دون الموضحة فيه الحكومة وأما الموضحة وهي ما أوضحت العظم كما تقدم ففيها خمسة من الإبل وبقيت جنايات أخر آثرتُ تركها لئلا يطول الكلام

الشرح

(**وأما الجراحات في**) سائر (**البدن**) غير الرأس والوجه (**فالحكومة**) تجب فيها وليس فيها أرش مقدر لعدم وروده فيها ولا قصاص أيضاً إن لم تنته إلى عظم لعدم انضباطها (فيض الإله المالك ج٢/٥٢٦). والحكومة أن يقوم على تقدير كونه عبداً بلا جناية ويقوم بعد الاندمال مع الجناية فما نقص من ذلك وجب بقسطه من الدية مثاله كأن يساوي مائة بلا جناية وتسعين معها، فالواجب عشر الدية (شرح التنبيه ج٢/٨٠٣).

(و) أما الجراحات (**في الرأس والوجه فما دون الموضحة**) كالخارصة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق (**فيه الحكومة**) ولا قصاص فيها لعدم انضباطها ولا دية لعدم ورودها (فيض الإله المالك ج٢/٥٢٦). (**وأما الموضحة وهي ما أوضحت العظم كما تقدم ففيها**) لحر مسلم غير جنين (**خمسة من الإبل**) لما رواه الترمذي وحسنه: «في الموضحة خمس من الإبل» فتراعى هذه النسبة في حق غير المرأة والكتابي وغيرهما فخرج بقيد الحر الرقيق ففيه نصف عشر قيمته، وبقيد المسلم الكتابي ففي موضحته بعير وثلثان، والمجوسي ونحوه ففي موضحته ثلث بعير (المغني ج٤/٧٢). ولا يختلف أرش موضحة بكبرها ولا صغرها لاتباع الاسم كالأطراف ولا لكونها بارزة أو مستورة بالشعر (المغني ج٤/٧٣).

(**وبقيت جنايات أخر آثرت تركها**) أي اخترت تركها على ذكرها (**لئلا يطول الكلام**) فينافي التطويل إخباره أولاً بأنَّ هذا الكتاب مختصر وغير ذلك من

ولا تجب الدية بقتل الحربي والمرتد ومن وجب رجمه بالبينة أو من تحتم قتله في المحاربة ولا على السيد بقتل عبده.

الشرح

الدواعي.

(**ولا تجب الدية بقتل الحربي والمرتد**) لإباحة دمهما وإن أرسل سهماً على حربي أو مرتد فأسلم ووقع به السهم فقتله لزمه دية مسلم اعتباراً بحالة الإصابة وقيل لا يلزمه شيء اعتباراً بحالة الإرسال (التنبيه مع شرحه ج٢/٧٨١).

(**و**) لا تجب الدية بقتل (**من وجب رجمه بالبينة أو من تحتم قتله في المحاربة**) لأنه مهدر الدم كالمرتد فإن كانَ القاتل مثله وجب القصاص (التنبيه مع شرحه ج٢/٧٨١).

[تَنْبِيْهٌ]: اعتمد المصنف رحمه الله تعالى أن الدية لا تجب بقتل من وجب رجمه بالبينة ويفهم من تقييده عدم الدية بقتل من وجب رجمه بالبينة أنها تجب إذا ثبت وجوب رجمه بالإقرار والمعتمد عدم الوجوب مطلقاً سواء ثبت وجوب رجمه بالبينة أم بالإقرار بل ولا قصاص من باب أولى لأنه هدر قال شيخ الاسلام في شرح المنهج (٥/١٩): (فيهدر حربي) ولو صبياً وامرأة وعبداً لقوله تعالى ﴿فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ (ومرتد) في حق معصوم لخبر «من بدل دينه فاقتلوه» (كزان محصن قتله مسلم) معصوم لاستيفائه حداً لله تعالى سواء أثبت زناه باقراره أم ببينة. اهـ

(**ولا**) تجب دية (**على السيد بقتل عبده**) لأنها لو وجبت لوجبت له والشخص لا يجب له على نفسه شيء (فيض الإله المالك ج٢/٥٢٧).

** ** **

فَصْلٌ

**تجب الكفارة على من قتل من يحرم قتله لحق الله تعالى خطأً كان أ
عمداً سواء لزمه قصاص أو دية أو لم يلزمه شيء منهما وهو عتق رقب
فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين،** ....

الشرح

(فصل في كفارة القتل التي هي موجباته)

(**تجب الكفارة على من قتل من يحرم قتله لحق الله تعالى خطأً كان**) القتل (**أو عمداً**) أو شبهه لقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ وقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾؛ وخبر واثلة بن الأسقع قال أتينا النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في صاحب لنا قد استوجب النار بالقتل، فقال: «اعتقوا رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار» رواه أبو داود وصححه الحاكم وغيره، وخرج بالقتل الأطراف والجروح فلا كفارة فيها لعدم وروده (المغني ج٤/١٣٠).

(**سواء لزمه قصاص**) كأن قتل عمداً ولم يعفوا الورثة عنه (**أو دية**) كأن قتل شبه عمد أو خطأً أو قتل ولده (**أو لم يلزمه شيء منهما**) كما لو قتل نفسه أو عفا ورثة القتيل عن القصاص والدية. (**وهو**) أي الذي يكفر به (**عتق رقبة**) مؤمنة سليمة من العيوب المخلة بالعمل والكسب (**فإن لم يجد**) ها (**فصيام شهرين**) بالهلال (**متتابعين**) بنية كفارة ولا يشترط نية التتابع في الأصح اكتفاء بالتتابع الفعلي، فإن عجز المكفر عن صوم الشهرين لهرم أو لحقه بالصوم مشقة شديدة أو خاف زيادة المرض لم يكفر بالإطعام على الأظهر نعم لو مات المكفر

فلو قتل نساء أهل الحرب وأولادهم فلا كفارة لأنهم وإن حرم قتلهم لكن لا لحق الله تعالى بل لحق الغانمين.

الشرح

قبل الصوم أطعم من تركته عن كل يوم مد كمن فاته صوم رمضان (البيجوري مع ابن قاسم ج٢/٢٣٤ ـ ٢٣٥ بتصرف).

(**فلو قتل نساء أهل الحرب وأولادهم فلا كفارة**) بقتلهم (**لأنهم وإن حرم قتلهم لكن لا لحق الله تعالى بل لحق الغانمين**) لئلا يفوتهم الارتفاق بهم فحرمة قتلهم حينئذ لعارض، وكذا لا كفارة في قتل الباغي والصائل والمرتد والزاني المحصن لغير المساوي له والحربي والمقتص منه (البيجوري ج٢/٢٣٤مع زيادة).

** ** **

فَصْلٌ

إذا خرج على الإمام طائفة من المسلمين وراموا خلعه أو منعوا حقاً شرعياً كالزكاة وامتنعوا بالحرب بعث إليهم ....

الشرح

(فَصْلٌ)

في قتال البغاة، جمع باغ، والبغي الظلم ومجاوزة الحد سُموا بذلك لظلمهم وعدولهم عَنْ الحق.

والأصل فيه آية: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا۟ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا ۖ فَإِنۢ بَغَتْ إِحْدَىٰهُمَا عَلَى ٱلْأُخْرَىٰ فَقَٰتِلُوا۟ ٱلَّتِى تَبْغِى حَتَّىٰ تَفِىٓءَ إِلَىٰٓ أَمْرِ ٱللَّهِ﴾ الآية، نزلت في رهط عبد الله بن أبي سلول ورهط عبد الله بن رواحة الأنصاري لما تقاولا حتى اقتتلا بالأيدي والنعال، فقرأها النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عليهم فاصطلحوا، رواه الشيخان عن أنس، وفي الآية دليل على وجوب قتال البغاة، وأن الباغي لا يخرج عن اسم الإيمان بذلك ـ خلافاً للروافض، وعلى جواز الصلح في الحوادث والأحكام، وأنَّ الباغي إذا رجع إلى الطاعة قبلت توبته. وأطلق جماعة من الأصحاب القول بأن البغي ليس باسم ذم.

وأن البغاة: قوم اجتهدوا فأخطئوا وليسوا بفسقة، وقال آخرون: هم عصاة وليسوا بفسقه، وليس كل معصية توجب الفسق وقال آخرون: البغي ينقسم إلى فسق وإلى ما ليس بفسق (النجم ج٩/٤٣ ـ ٤٤).

(**إذا خرج على الإمام**) ولو جائراً (**طائفة من المسلمين وراموا خلعه**) أي طلبوا عزله بتأويل (**أو منعوا حقاً شرعياً كالزكاة**) عند طلبها (**وامتنعوا بالحرب**) أي إنَّ لديهم القدرة على القتال بسبب وجود شوكة لهم (**بعث إليهم**) الإمام أميناً فطناً ناصحاً لأهل العدل يسألهم ما ينقمون على الإمام، فإن ذكروا مظلمة

أزالها عنهم بمراجعة الإمام أو شبهة أزالها عنهم بنفسه (التحفة ج٩/٧٠ ـ ٧١).

قال الدميري (٥١/٩) والبعث واجب كما صرح ابن الصباغ وغيره وهو ظاهر عبارة الشرحين (والكتاب) وقال أبو الطيب مستحب، وفي التحفة (٧٠/٩) وكون المبعوث عارفاً فطناً واجب إن بعث للمناظرة وإلا فمندوب.

(**وأزال علتهم إن أمكن**) فإن أصروا بعد إزالة العلة نصحهم ووعظهم وأمرهم بالعود إلى الطاعة، لتكون كلمة الدين واحدة، ولأنَّ ذلك أقرب إلى حصول المقصود فإن أصروا دعاهم إلى المناظرة فإن امتنعوا من المناظرة أو أجابوا للمناظرة وغلبوا وأصروا أعلمهم بالقتال لأن الله تعالى أمر أولاً بالإصلاح ثم بالقتال، فلا يجوز تقديم ما آخره الله تعالى (النجم ج٩/٥٢ مع زيادة من المغني ج٤/١٥٥). وإنما يعلمهم بالقتال إذا علم أن في عسكره قوة وقدرة عليهم، ويكون القصد بالقتال دفعهم عما هم عليه دون قتلهم، لقوله تعالى: ﴿فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِي تَبۡغِي حَتَّىٰ تَفِيٓءَ إِلَىٰٓ أَمۡرِ ٱللَّهِ﴾ أي ترجع إلى كتاب الله وسنة رسوله.

ثم هذا القتال واجب قال الماوردي بخمسة شروط:

أحدها: أن يتعرضوا لحريم أهل العدل أو لإفساد نسلهم.

والثاني: أن يتعطل جهاد المشركين بهم.

والثالث: أن يأخذوا من حقوق بيت المال ما ليس لهم.

والرابع: أن يمتنعوا من دفع ما وجب عليهم.

والخامس: أن يتظاهروا على خلع الإمام الذي انعقدت بيعته.

فإن انفردوا عن الجماعة ولا منعوا حقاً ولا تعدوا على الإمام جاز قتالهم

فإن أبوا قاتلهم بما لا يعم شره كالنار والمنجنيق ولا يتبع مدبرهم ولا يقتل جريحهم ....

الشرح

لأجل تفريق الجماعة (النجم ج٩/٥٢ ـ ٥٣).

(**فإن أبوا**) الرجوع إلى طاعة الإمام (**قاتلهم بما لا يعم شره كالنار**) لأن القصدَ الكف لا الإهلاك، وفي الحديث الصحيح: «لا يعذب بالنار إلا خالقها».

(**والمنجنيق**) وكذا إرسال المياه وإلقاء الحيات والأسد عليهم لأن المقصود من قتالهم ردهم إلى الطاعة وقد يرجعون فلا يجدون إلى النجاة سبيلاً ولأنه قد يصيب من لا يجوز قتله كالنساء والصبيان (النجم ج٩/٥٦).

والجرحى والعبيد، نعم: إذا أحاطوا بأهل العدل ولا مخلص إلا بذلك أو قاتلوا بمثل ذلك جاز قتالهم به (شرح التنبيه ج٢/٨١٠ بالمعنى).

(**ولا يتبع مدبرهم**) إذا كان غير متحرفٍ لقتال أو متحيزاً إلى فئة، لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لابن مسعود: «يا ابن أم عبد، ما حكم مَن بغى من أمتي؟ قلت: الله ورسوله أعلم، قال: لا يتبع مدبرهم ولا يجهز على جريحهم ولا يقتل أسيرهم» رواه الحاكم والبيهقي. ودخل الحسن بن علي على مروان فقال: ما رأيت أكرم من أبيك، ما إن ولينا ظهورنا يوم الجمل حتى نادى مناديه: أن لا يتبع مدبر ولا يذفف على جريح. فلو ولوا مجتمعين تحت راية زعيمهم لم ينكف عنهم بل يطلبهم حتى يطيعوا، فلو بطلت قوة واحد بتخلفه عنهم لم يتبع، ومن ولي متحرفاً لقتال، اتبع وكذا متحيزاً إلى فئة قريبة، قيل: أو بعيدة (النجم ج٩/٥٣ ـ ٥٤).

(**ولا يقتل جريحهم**) أي لا يتمم قتل جريحهم، ولا يقتل أسيرهم كذلك بل يحبس إلى أن تنقضي الحرب ويتفرق جمعهم ثم يخلى ويؤخذ عليه العهد أن

وما أتلفوه علينا أو أتلفناه عليهم في الحرب لا ضمان فيه وأحكام الإسلام جارية عليهم وينفذ من حكم قاضيهم ما ينفذ ....

الشرح

لا يعود إلى القتال (شرح التنبيه ج٢/٨١٠بالمعنى).

[تَنْبِيْهٌ]: لو قتل عادل أسيرهم أو ذفف على جريحهم أو قتل مدبرهم فلا قصاص لشبهة أبي حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بل فيه دية عمد (التحفة ج٩/٧٢ ـ ٧٣ مع زيادة).

(**وما أتلفوه علينا**) من نفس أو مال (**أو أتلفناه عليهم في الحرب**) لضرورته (**لا ضمان فيه**) اقتداء بالسلف لأن الوقائع التي جرت في عصر الصحابة كوقعة الجمل بصفين لم يطلب بعضهم بعضاً بضمان نفس ولا مال، وترغيباً في الطاعة لئلا ينفروا عنها ويتمادوا على ما هم فيه، ولهذا سقطت التبعة عن الحربي إذا أسلم ولأنا مأمورون بالقتال فلا يضمن ما يتولد منه وهم إنما أتلفوا بتأويل.

وفي قول يضمن الباغي ما أتلفه على العادل، لأنهما فرقتان من المسلمين محقة ومبطلة فلا يستويان في سقوط الغرم كقطاع الطريق لشبهة تأويلها (المغني ج٤/١٥٤).

[تَنْبِيْهٌ]: إذا استعملنا بعد الحرب خيل البغاة وسلاحهم، فقال العلامة الرملي تجب الأجرة، وقال الشيخ بن حجر وشيخ الإسلام في الأسنى لا تجب (التحفة مع ع ب ج٩/٧٢).

(**وأحكام الإسلام**) كقطع يد السارق وحد الزنا وحد القذف وغيرها من الأحكام (**جارية عليهم**) لأنهم لم يرتكبوا مكفراً حتى يحكم بكفرهم ولَيسُوا بفسقه كما تقدم ذكره في أول الفصل (فيض الإله المالك ج٢/٥٣٢). (**وينفذ من حكم قاضيهم**) بعد اعتبار صفات القاضي فيه (المغني ج٤/١٥٣)، (**ما ينفذ**

من حكم قاضينا وإن لم يمتنعوا بالحرب لم يقاتلهم.

الشرح

من حكم قاضينا) لأن لهم تأويلاً يسوغ فيه الاجتهاد إلا أن يستحل قاضيهم دماءنا وأموالنا فلا يقبل قضاؤه لأنَّه ليس بعدل وشرط القاضي العدالة (النجم ج٩/٤٧). **(وإن لم يمتنعوا بالحرب)** لفقد الشوكة التي تحصل بها مقاومة الإمام لهم **(لم يقاتلهم)** لأنَّهم ليسوا بغاة حتى لو أتلفوا والحالة هذه نفساً أو مالاً لم يسقط الضمان.

[**تتمة**] في شروط الإمام الأعظم وفي بيان طرق انعقاد الإمامة وهي فرض كفاية: كالقضاء فشرط الإمام كونه أهلاً للقضاء، قرشياً لخبر: «الأئمة من قريش» شجاعاً ليغزو بنفسه، وتعتبر سلامته من نقص يمنع استيفاء الحركة وسرعة النهوض كما دخل في الشجاعة وتنعقد الإمامة بثلاثة طرق:

- الأولى: ببيعة أهل الحل والعقد من العلماء، ووجوه الناس المتيسر اجتماعهم فلا يعتبر فيها عدد، ويعتبر اتصاف المبايع بصفة الشهود.

- والثانية: باستخلاف الإمام من عينه في حياته كما عهد أبوبكر لعمر رضي الله عنهما، ويشترط القبول في حياته كجعله الأمر في الخلافة تشاوراً بين جمع، كما جعل عمر الأمر شورى بين ستة: علي والزبير وعثمان وعبدالرحمن بن عوف وسعد بن أبي وقاص وطلحة فاتفقوا على عثمان.

- والثالثة: باستيلاء شخص متغلب على الإمامة ولو غير أهل لها، نعم، الكافر إذا تغلب لا تنعقد إمامته لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾. وتجب طاعة الإمام وإن كان جائراً فيما يجوز من أمره ونهيه لخبر «اسمعوا وأطيعوا وإن أمر عليكم عبد حبشي مجدع الأطراف» ولأن المقصود من نصبه اتحاد الكلمة ولا يحصل ذلك إلا بوجوب الطاعة (الإقناع ج٤/٢٣٦ - ٢٣٧).

باب الصيال

ومن قصده مسلم يريد قتله جاز له دفعه ولا يجب ....

الشرح

(باب الصيال)

الصيال لغة: الاستطالة والوثوب، وشرعاً: الاستطالة والوثوب على الغير بغير حق، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾، وخبر البخاري: «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً».

والصائل: ظالم فيمنع من ظلمه لأنَّ ذلك نصرَهُ.

(ومن قصده مسلم) ولو مجنوناً ومراهقاً **(يريد قتله)** بغير حق **(جاز له دفعه)** عن نفسه، قال ﷺ: «مَنْ قُتِلَ دون ماله فهو شهيد ومن قتل دون أهْله فهو شهيد ومن قتل دون دمه فهو شهيد» رواه الأربعة.

وجه الدلالة: أنَّه لما جعله شهيداً دل على أنَّ له القتل والقتال (الإقناع ج٤/٢٢١)، **(ولا يجب)** لقوله تعالى: ﴿لَئِنۢ بَسَطتَ إِلَيَّ يَدَكَ لِتَقْتُلَنِي مَآ أَنَا۠ بِبَاسِطٍ يَدِيَ إِلَيْكَ لِأَقْتُلَكَ﴾ وهذا وإن كان شرع من قبلنا، فقد ورد في شرعنا ما يقرره وهو ما رواه أحمد عن ابن عمر أنَّ النبي ﷺ، قال: «لا يمنع أحدكم إذا جاء شخص يقتله أن يكون مثل ابني آدم القاتل في النار والمقتول في الجنة»، وصح: أن عثمان منع عبيده أن يدفعوا عنه وكانوا أربع مائة، وقال: [من ألقى سلاحه فهو حر] واشتهر ذلك في الصحابة ولم ينكر عليه أحد، وقيل يجب الدفع لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ وإذا قلنا لا يجب الدفع فهل تركه مباح أو مندوب؟ فيه خلاف.

قال الإمام: ولا خلاف في استحباب الإيثار وإنْ أدى إلى هلاك المؤثر،

وإن قصده كافر أو بهيمة وجب دفعه وإن قصد ماله جاز الدفع ولا يجب...

الشرح

فهو من شِيَمِ الصالحين، كما يؤثر المضطر مضطراً آخر (النجم ج٩/٢٥٢ ـ ٢٥٣ مع زيادة).

[تَنْبِيهٌ]: محل ما تقدم إذا كان الصائل محقون الدم كما قيده القاضي حسين والإمام والغزالي والبلقيني ليخرج المهدر كالزاني المحصن وتارك الصلاة ومن تحتم قتله في قطع الطريق فإنَّ حكمهم حكم الكافر كما صرح به في الترغيب (المغني ج٤/٢٤٣).

(وإن قصده كافر) ولو معصوماً وجب دفعه لأنه إن كان مرتداً أو حربياً فلا حرمة له وإن كان ذمياً فبالصيال بطلت حرمته والاستسلام للكافر ذل في الدين (النجم ج٩/٢٥٢). **(أو بهيمة وجب دفعه)** أما الكافر فلما تقدم وأما البهيمة فلأنها تذبح لاستبقاء الآدمي فلا وجه للاستسلام لها (المغني ج٤/٢٤٣).

[تَنْبِيهٌ]: محل منع جواز الاستسلام للكافر إذا لم يجوز الأسر فَإِنْ جوزه لم يحرم (المغني ج٤/٢٤٣).

(وإن قصد) الصائل **(ماله)** الذي لا روح فيه **(جاز الدفع ولا يجب)** لأنَّه يجوز إباحته للغير، قال الأذرعي والظاهر أن هذا في الآحاد فأما الإمام ونوابه فيجب عليهم الدفع عن أموال رعاياهم وكذا إن كان ماله وتعلق به حق الغير كرهن وإجارة.

قال الغزالي وإن كان مال محجور عليه أو وقف أو مالاً مودعاً وجب على من هو بيده الدفع عنه، أما ما فيه روح فيجب الدفع عنه إذا قصد إتلافه ما لم يخش على نفسه أو بضع لحرمة الروح حتى لو رأى أجنبي شخصاً يتلف حيوان

وإن قصد حريمه وجب الدفع ويدفع بالأسهل فالأسهل فإن عرف أنه يندفع بالصياح فليس له ضربه أو باليد فليس له بالعصا أو بالعصا فليس له السيف أو بقطع اليد فليس له قتله ....

الشرح

نفسه إتلافاً محرماً وجب عليه دفعه على الأصح في أصل الروضة (المغني ج٤/٢٤٣).

(**وإن قصد**) الصائل (**حريمه**) بفاحشة (**وجب الدفع**) عنه لأنَّه لا سبيل إلى إباحته وسواء قصد بضع أهله أو غيره ومثل البضع مقدماته ومحل وجوب الدفع إذا لم يخف على نفسِه كما قاله البغوي والمتولي (المغني ج٤/٢٤٣).

[تَنْبِيْهٌ]: يحرم على المرأة الاستسلام لمن صال عليها ليزني بها مثلاً وإن خافت على نفسها (التحفة ج٩/١٨٣).

(**ويدفع**) الصائل المعصوم على شيء مما مر (**بالأسهل فالأسهل**) باعتبار غلبة ظن المصول عليه (التحفة ج٩/١٨٦)، (**فإن عرف**) المصول عليه (**أنه يندفع بالصياح**) كالزجر بالكلام والاستغاثة (**فليس له ضربه**) أي دفعه بالضرب (**أو**) أمكن دفعه بالضرب (**باليد**) حرم بالسوط أو أمكن دفعه بالسوط (**فليس له**) دفعه (**بالعصا أو**) أمكن دفعه (**بالعصا فليس له السيف أو**) أمكن دفعه (**بقطع اليد**) ونحوها من الأعضاء.

(**فليس له قتله**) لأنَّه جوز للضرورة ولا ضرورة للأغلظ مع إمكان الأسهل (التحفة ج٩/١٨٧)، وقد نظم بعضهم هذه المراتب بقوله:

والدفع للصائل والصائلة ... بهرب فالزجر فاستغاثة
فالضرب باليد فسوط فعصا ... فالقطع فالقتل لكونه عصى

ومتى انتقل إلى مرتبة مع الاكتفاء بدونها ضمن، أما المهدر كزان محصنٍ

فإن تحقق أنه لا يندفع إلا بقتله فله قتله ولا شيء عليه وإذا اندفع حرم التعرض له.

الشرح

وتارك صلاة بشرطه فلا يجب مراعاة هذا الترتيب فيه (التحفة ج٩/١٨٧)، ويستثنى من مراعاة الترتيب مسائل:

ـ الأولى: لو التحم القتال بينهما واشتد الأمر عن الضبط سقط مراعاة الترتيب كما ذكره الإمام في قتال البغاة.

ـ الثانية: لو كان الصائل يندفع بالسوط والعصا والمصول عليه لا يجد إلا السيف فالصحيح أن له الضرب به لأنَّه لا يمكنه الدفع إلا به، وليس بمقصر في ترك استصحاب السوط ونحوه (المغني ج٤/٢٤٥).

ـ الثالثة: إذا رآه يولج في أجنبية فله أن يبدأ بقتله وإن اندفع بدونه فإنه في كل لحظة مواقع لا يستدرك بالأناءة كذا قاله الماوردي والروياني وتبعهما شيخ الإسلام.

واعتمد الرملي والزيادي وجوب الترتيب في الفاحشة ولو محصناً، وقال ابن حجر محل وجوب الترتيب في غير المحصن أما هو فيبدأ فيه بالقتل لإهداره (التحفة مع ع ب ص١٨٧).

(**فإن تحقق**) المصول عليه (**أنه**) أي الصائل (**لا يندفع إلا بقتله فله**) أي المصول عليه (**قتله ولا شيء عليه**) لا قود ولا دية ولا كفارة (شرح التنبيه ج٢/٨١٢). (**وإذا اندفع**) الصائل بشيء مما تقدم (**حرم التعرض له**) لعدم الحاجة فلو ضربه فولى هارباً أو سقط فبطل صياله فضربه ضربة أخرى فالثانية مضمونة بالقصاص وغيره فإن مات منهما لم يجب قصاص النفس، ووجب نصف الدية لأنه حصل من مضمون وغير مضمون ولو عاد بعد الجراحتين فضربه ثالثة فمات منها فعليه ثلث الدية (النجم ج٩/٢٥٤ ـ ٢٥٥).

ارتد عن الإسلام ....

الشرح

(باب الردة)

هي في اللغة: الرجوع عن الشيء إلى غيره، وشرعاً: قطع من يصح طلاقه
سلام بكفر عزماً أو قولاً أو فعلاً استهزاءً أو عناداً أو اعتقاداً، وهي أفحش
اع الكفر وأغلظها حكماً.

والأصل في الباب قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ مَن يَرْتَدَّ مِنكُمْ عَن
ـهِۦ﴾، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَرْتَدُّواْ عَلَىٰٓ أَدْبَارِكُمْ﴾ وأشباه ذلك.

وقوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من بدل دينه فاقتلوه» وهو في البخاري ووهم الحاكم
ستدركه عليه.

والردة محبطة للأعمال إذا اتصلت بالموت لقوله تعالى: ﴿وَمَن يَرْتَدِدْ
كُمْ عَن دِينِهِۦ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُوْلَٰٓئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَٰلُهُمْ﴾ وقوله: ﴿وَمَن
كْفُرْ بِٱلْإِيمَٰنِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُۥ وَهُوَ فِى ٱلْءَاخِرَةِ مِنَ ٱلْخَٰسِرِينَ﴾ ولا يكون خاسراً في
آخرة إلا من مات على الكفر، فلو كان قد حج قبل الارتداد لم تجب الإعادة
د العود خلافاً لأبي حنيفة لكن نص في (الأم) على حبوط ثواب الأعمال
جرد الردة وهو حسن غريب (النجم مع زيادة ج٩/٧٧).

(من ارتد عن الإسلام) من رجل أو امرأة بأي نوع من أنواع الردة كأن
كر وجود الله، أو كذب رسولاً من رسل الله، أو حلل محرماً بالإجماع كالزنا
شرب الخمر، أو حرم حلالاً بالإجماع كالنكاح والبيع أو عزم على الكفر غداً
ـ تردد فيه (الإقناع ج٤/٢٣٧ ـ ٢٤١ بتصرف).

وهو بالغ عاقل مختار استحق القتل ويجب على الإمام استتابته فإن رجع إلى الإسلام قبل منه. ....

الشرح

(**وهو بالغ عاقل**) فليس للصبي والمجنون ردة أما المجنون فبالإجماع، وأما الصبي فقياساً عليه بجامع رفع القلم لكن الإمام يهدد المميز ولا يقتله، والمراد أن أحكام الردة لا تترتب على غير المكلف المختار (النجم ج٩/٨٣).

(**مختار**) لا مكره أما هو فلا تصح ردته إذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان، لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَـٰنِ﴾ وهو عمار بن ياسر بالإجماع، روى أحمد أنَّ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «من أحب عماراً أحبه الله ومن أبغضه أبغضه الله ومن عاداه عاداه الله» فإذا أكره المسلم على التلفظ بكلمة الكفر ففعل لم يحكم بردته بل تدوم عصمته وزوجيته وماله وترثه ورثته إذا مات (النجم ج٩/٨٣).

(**استحق القتل و**) لكن (**يجب على الإمام استتابته**) لأنه كان محترماً بالإِسلام فربما عرضت له شبهة فيسعى في إزالتها لأنَّ الغالب أنَّ الردة تكون عن شبهة عرضت وثبت وجوب الاستتابة عن عمر رضي الله تعالى عنه، وروى الدار قطني عن جابر: «أن امرأة يقال لها أم رومان ارتدت فأمر النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يعرض عليها الإسلام فإن تابت وإلا قتلت» ولا يعارض هذا النهي عن قتل النساء الذي استدل به أبو حنيفة لأنَّ ذلك محمول على الحربيات وهذا على المرتدات. وفي قول تستحب الاستتابة كالكافر الأصلي لعموم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «من بدل دينه فاقتلوه» ولم يذكر توبة (النجم ج٩/٨٩ بالمعنى). (**فإن رجع إلى الإسلام قبل منه**) سواء ارتد إلى دين يتظاهر أهله كاليهودية والنصرانية أم إلى كفر خفي كالزندقة والنفاق اهـ (شرح التنبيه ٢/٨١٤) وقيل لا يقبل إسلامه إن ارتد إلى كفر خفي كزنادقة وباطنية لأنَّ التوبة عند الخوف عين الزندقة.

وإن أبى قتل في الحال فإن كان حراً لم يقتله إلا الإمام أو نائبه، فإن قتله غيره عزر ولا دية عليه وإن كان عبداً فللسيد قتله ....

الشرح

[والزنديق] الذي لا ينتحل ديناً على المشهور، وقيل: الذي يظهر الإسلام ويبطن الكفر (النجم ج٩/٩١ بتصرف).

(وإن أبى) الرجوع إلى الإسلام **(قتل في الحال)** على المعتمد وفي قول يمهل ثلاثة أيام، وقال الإمام الزهري: يدعى إلى الإسلام ثلاث مرات فإن أبى قتل، ونقل في (الشفاء) عن علي أنه يستتاب شهرين، وقال النخعي والثوري يستتاب أبداً (النجم ج٩/٩٠ بتصرف).

(فإن كان) المرتد **(حراً لم يقتله إلا الإمام أو نائبه، فإن قتله غيره)** بغير إذن الإمام أو نائبه **(عزر)** لافتياته عليه **(ولا دية عليه)** وإن قتله إنسان ثم قامت البينة أنَّه كان قد رجع إلى الإسلام ففيه قولان ـ أحدهما: وهو الأظهر يجب عليه القود لتعديه بقتله.

والثاني: لا يجب عليه إلا الدية لأنَّ تقدم الردة شبهة لسقوط القود (التنبيه مع شرحه ج٢/٨١٤).

(وإن كان) المرتد **(عبداً فللسيد قتله)** وهو الأصح كما يقيم عليه حد الزنا، وقيل: لا يجوز للسيد قتله لأنَّ حق الله لا يتصل بحقه في إصلاح ملكه بخلاف حد الزنا (التنبيه مع شرحه ج٢/٨١٤)، ويقتل المرتد بضرب العنق دون الإحراق ونحوه للأمر بإحسان القتلة، ولا يدفن في مقابر المسلمين لخروجه عنهم بالردة ولا في مقابر المشركين لما تقدم له من حرمة الإسلام هذا ما جرى عليه الإمام الدميري رحمه الله تعالى في شرح المنهاج (٩/٩٠)، نقلاً عن ابن سريج وفي الإقناع للإمام الخطيب رحمه الله تعالى (٤/٢٤٢ ـ ٢٤٣) ما نصه:

وإن تكررت ردته وإسلامه قبل منه ويعزر.

الشرح

ويجوز دفنه في مقابر الكفار ولا يجب كالحربي كما قاله في الروضة، وما اقتضاه كلام الدميري من دفنه بين مقابر المسلمين والكفار لما تقدم له من حرمة الإسلام لا أصل له، لقوله تعالى: ﴿وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِۦ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ﴾ الآية. (**وإن تكررت ردته وإسلامه قبل منه ويعزر**) لتهاونه بالدين ولا يعزر أول مرة لجواز أن تكون له شبهة يزيلها عنه، وفي الثانية يعزر.

وقال أبو حنيفة إنما يعزر في الثالثة وعلى كل حال يصح إسلامه لعموم الأدلة، وتحصل توبة المرتد وفي معناها الكافر الأصلي بشهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، وأن يبرأ من كل دين يخالف الإسلام وإن كان الكافر ذمياً أو وثنياً.

فلو قال أنا مسلم أو آمنت لم يكف، ولو قال أنا من أمة محمد أو دينكم حق حكم بإسلامه (النجم ج٩/٩٢).

[**تتمة**] مِلك المرتد موقوف إن ماتَ بانَ زواله ويقضي منه دين لزمه قبلها وبدل ما أتلفه فيها ويُمان ممونه من نفسه وبعضه وماله وزوجاته لأنها حقوق متعلقة به وتصرفه إن لم يحتمل الوقف بأن لم يقبل التعليق كبيع وكتابة باطل لعدم احتمال الوقف وإن احتمله بأن قبل التعليق كعتق ووصية فموقوف إن أسلم نفذ وإلا فلا، ويجعل ماله عند عدل وأمته عند نحو محرم كامرأة ثقة ويؤدي مكاتبه النجوم للقاضي حفظاً لها، ويعتق بذلك أيضاً وإنما لم يقبضها المرتد لأنَّ قبضه غير معتبر (الإقناع ج٤/٢٤٥).

* * *

[خاتمة]

مشتملة على مسائل مهمة منقولة برمتها من بغية المسترشدين ص/٤٠٧ ـ ٤٠٨

* الأولى: [مسألة ي]:

حاصل ما ذكره العلماء في التزي بزي الكفار أنه إما أن يتزيا بزيهم ميلاً إلى دينهم وقاصداً التشبه بهم في شعائر الكفر أو يمشي معهم إلى متعبداتهم فيكفر بذلك فيهما، وإما أن لا يقصد كذلك بل يقصد التشبه بهم في شعائر العيد أو يتوصل إلى معاملة جائزة معهم فيأثم وإما أن يتفق له من غير قصد فيكره كشد الرداء في الصلاة.

* الثانية: [مسألة ش]:

المبتدعة قسمان: قسم يكفر ببدعته كمنكري علم الله بالجزئيات، ومعتقدي قدم العالم والمجسمة وكالإسماعيلية المعتقدين كون الرسالة لعلي وعدم براءة عائشة، ومكفري الصحابة رضي الله عنهم فهؤلاء لهم حكم الكفار فلا تحل مناكحتهم ولا ذبيحتهم.

وقسم لا يكفرون كالمعتزلة والقدرية والزيدية، وفرقة من الحنابلة أعتقدوا التجسيم لكن ليس كسائر الأجساد فتكره مناكحتهم خروجاً من خلاف من حرمها.

* الثالثة: [مسألة ك]:

جعل الوسائط بين العبد وبين ربه فإن صار يدعوهم كما يدعو الله في الأمور ويعتقد تأثيرهم في شيء من دون الله تعالى فهو كفر، وإن كانت نيته التوسل بهم إليه تعالى في قضاء مهماته مع اعتقاد أن الله هو النافع الضار المؤثر في الأمور دون غيره فالظاهر عدم كفره وإن كان فعله قبيحاً اهـ. والله أعلم.

(باب الجهاد)

الجهاد هو: القتال في سبيل الله، والأصل فيه قبل الإجماع قوله ت
﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِتَالُ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ كَآ
وقوله تعالى: ﴿وَٱقْتُلُوهُمْ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ ﴿وَجَٰهِدُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُمْ وَأَنفُسِ
سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾.

وفي الصحيحين «أنَّ النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: أمرت أن أقاتل الناس
يقولوا لا إله إلا الله». وجعله ابن سراقه وصاحب المرشد أفضل الأعما
الإيمان، لما روى مسلم عن سهل بن سعد «أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سئل
الأعمال أفضل؟ فقال: الإيمان بالله، والجهاد في سبيل الله»، وفي الب
«غدوة في سبيل الله أو روحة خير من الدنيا وما فيها»، وفي المستدرك:
في سبيل الله خير من ألف يوم فيما سواه»، و«مقام رجل في الصف أفضل
الله من عبادة ستين سنة» وأخذ ابن أبي عصرون من مجموع هذه ا
والأحاديث أنَّه أفضل الأعمال بعد الإيمان واختاره الأذرعي وذكر أحـ
مصرحة بذلك أولها الأكثرون بحملها على خصوص السائل أو المخاط
الزمن (التحفة ج٩/٢١١ والنجم ج٩/٢٨٥).

(الجهاد) بعد وفاة رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إذا كان الكفار ببلادهم (
كفاية إذا قام به من فيه الكفاية سقط) الحرج عنه إن كان من أهله و**(عن الب**
رخصة وتخفيفاً كسائر فروض الكفايات. وتعبيره بالسقوط ظاهر في أنَّ
الكفاية يتعلق بالجميع وهو الصحيح عند الأصوليين، وقوله: (من فيه ك

ويتعين على من حضر الصف وكذا على كل أحد إذا أحاط بالمسلمين عدو ويخاطب به كل ذكر حر بالغ عاقل مستطيع.........

الشرح

يشمل من لم يكن من أهل فرض الجهاد وهو كذلك، فلو قام به مراهقون سقط الحرجَ عن أهل الفروض (المغني ج٤/٢٦٢).

وتحصل الكفاية بأمرين:

ـ أحدهما: أن يشحن الإمام الثغور بجماعة يكافئون من بإزائهم من العدو (النجم ج٩/٢٨٨).

ـ والثاني: أن يدخل الإمام أو نائبه دار الكفر بالجيوش لقتالهم وخرج ببعد وفاته عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ في حياته فالجهاد فرض كفاية وقيل عين (المغني مع تقديم وتأخير ج٤/٢٦٠ ـ ٢٦٢).

(**ويتعين**) الجهاد (**على من حضر الصف**) وهو من أهل الفرض لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا لَقِيتُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ زَحْفًا فَلَا تُوَلُّوهُمُ ٱلْأَدْبَارَ ﴾ الآية، فَمَن حضره ممن ليس هو من أهل الفرض لم يتعين عليه (شرح التنبيه ج٢/٨١٦ ـ ٨١٧).

(**وكذا**) يتعين الجهاد (**على كل أحد**) فيما (**إذا أحاط بالمسلمين عدو**) ودخلوا أرضنا أو أطلوا عليها ونزلوا بابها ولم يدخلوا فإن نزلوا على خراب أو جبل في دارنا لكنه بعيد عن البلد، فالأصح عند الإمام النووي أنه كدخول البلد واختار الإمام مقابله (النجم ج٩/٣١٤ بتصرف). (**ويخاطب به**) أي الجهاد حيث قلنا إنه فرض كفاية لا فرض عين (**كل ذكر حر بالغ عاقل مستطيع**) فلا تخاطب به المرأة لخبر البخاري: «جهادكن الحج والعمرة» ولأنَّها جبلت على الضعف ومثلها الخنثى، ولا الصبي والمجنون لعدم تكليفهما (التحفة ج٩/٢٣١ بتصرف)، ولا

ولا يجاهد المدين إلا بإذن غريمه ولا العبد إلا بإذن سيده ولا من أحد أبويه مسلم.........................

الشرح

على غير مستطيع ممن به مرض يمنع من القتال والركوب إلا بمشقة شديدة كالحمى المطبقة ونحوها ولا اعتبار بالصداع ووجع الضرس والحمى الخفيفة بخلاف الرمد (النجم ج٩/٣٠٧).

(**ولا يجاهد المدين**) الموسر إذا كان الدين حالاً وإن كان به رهن وثيق أو كفيل موسر (التحفة ج٩/٢٣٢ بتصرف)، (**إلا بإذن غريمه**) أو ظن رضاه وهو من أهل الإذن، أما إذا كان معسراً فليس لغريمه منعه على الصحيح في أصل الروضة إذ لا مطالبة به في الحال، وكذا الدين المؤجل وإن قرب حلوله لا يمنع الجهاد بشرط وصوله لما يحل له فيه القصر وهو مؤجل إذ لا مطالبة لمستحقة الآن، نعم له الخروج معه ليطالبه به عند حلوله (التحفة ج٩/٢٣٢ والمغني ج٤/٢٧٢).

(**ولا**) يجاهد (**العبد إلا بإذن سيده**) لأنَّ خدمة السيد مقدمة على جهاده وإنما لم يجب الجهاد عليه لقوله تعالى: ﴿وَجَٰهِدُواْ بِأَمْوَٰلِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ﴾ فلم يشمله الخطاب لأنَّه لا مال له فدخل في قوله تعالى: ﴿وَلَا عَلَى ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنفِقُونَ حَرَجٌ﴾ ولأنَّه لو كانَ من أهل فرض الجهاد لأسهم له.

والمدبر والمبعض والمكاتب كالقن فلو أذن له سيده قال الإمام لا يلزمه لأنَّه ليس من أهل هذا الشأن وليس القتال من الاستخدام المستحق لأنَّ السيدَ لا حق له في روحه حتى يعرضه للهلاك لكن لو خرج سيده للجهاد فله استصحابه ليخدمه على العادة ولا يقاتل قهراً (النجم ج٩/٣٠٧ ـ ٣٠٨ مع زيادة).

(**ولا**) يجاهد (**من أحد أبويه مسلم**) وإن علا من سائر الجهات ولو مع

إلا بإذنه إلا إذا أحاط العدو فيجوز بلا إذن.

ويكره الغزو دون إذن الإمام..........................

الشرح

وجود الأقرب ولو كان قناً (التحفة بالمعنى ج٩/٢٣٣) **(إلا بإذنه)** لأنَّ الجهاد فرض كفاية وبره فرض عين. وفي الصحيحين أنَّ رجلاً أتى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يستأذنه في الجهاد فقال: «ألك والدان؟ قال: نعم قال: ففيهما فجاهد» وفي رواية أبي داود: «كيف تركتهما؟» قال: يبكيان، قال «ارجع إليهما فأضحكهما كما أبكيتهما».

واحترز (بالمسلم) عن الكافر فلا يجب استئذانه لاتهامه بمنعه له حمية لدينه وإن كان عدواً للمقاتلين ولأنَّ عبد الله بن عبد الله بن أبي سلول كان يغزو مع رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ومعلوم أن أباه كان يكره ذلك (النجم ج٩/٣١٠ - ٣١١).

(إلا إذا أحاط العدو) بالمسلمين **(فيجوز)** حينئذ الجهاد للمدين والعبد والولد **(بلا إذن)** لأنَّه قتال دفع عن الدين ولذلك يلزم كل مطيق حتى النساء إن كانت فيهن قوة أن يبذلوا المجهود (النجم ج٩/٣١٤).

(ويكره الغزو) وهو لغة الطلب، لأنَّ الغازي يطلب إعلاء كلمة الله تعالى **(دون إذن الإمام)** أو نائبه لأنه على حسب الحاجة وهما أعرف بذلك، وقال في (المرشد) لا يجوز بغير إذنهما وهو مشهور مذهب أبي حنيفة.

ورد بأنه ليس فيه أكثر من التغرير بالنفس وهو جائز في الجهاد (النجم ج٩/٣١٦)، وينبغي كما قاله الأذرعي: تخصيص ذلك بالمتطوعة أما المرتزقة فلا يجوز لهم ذلك لأنهم مرصدون لمهمات تعرض للإسلام يصرفهم فيها الإمام فهم بمنزلة الأجراء.

ولا يستعين بمشرك إلا أن يقل المسلمون وتكون نيته حسنة للمسلمين ويقاتل اليهود والنصارى والمجوس ....

الشرح

[تَنْبِيهٌ]: استثنى البلقيني من الكراهة صوراً:

أحدها: أن يفوته المقصود بذهابه للاستئذان.

ثانيها: إذا عطل الإمام الغزو وأقبل هو وجنوده على أمور الدنيا كما يشاهد.

ثالثها: إذا غلب على ظنه أنَّه لو استأذنه لم يأذن له (المغني ج٤/٢٧٥).

(**ولا يستعين**) الإمام (**بمشرك**) لحديث: «إنا لا نستعين بالمشركين» رواه البيهقي، (**إلا أن يقل المسلمون**) فللإمام أو نائبه الاستعانة بهم ولو حربيين (**وتكون نيته**) أي المشرك (**حسنه للمسلمين**) بحيث تؤمن خيانته.

وإنما تجوز الاستعانة بهم بشروط بعضها متفق عليها وبعضها مختلف فيها وهي:

* **الأول**: أن تؤمن خيانتهم.

* **الثاني**: أن يحسن رأيهم في المسلمين.

* **الثالث**: أن يخالفوا العدو في معتقدهم كاليهود مع النصارى، اعتمد هذا الشرط في التحفة والمغني خلافاً للنهاية.

* **الرابع**: أن يكون المستعان بهم فرقة لو انضمت إلى فرقة الكفر الأخرى قاومناهم اهـ (هذه الشروط مأخوذة من التحفة مع ع ب ج٩/٢٣٨ والمغني ج٤/٢٧٦).

(**ويقاتل**) الإمام أو نائبه (**اليهود والنصارى والمجوس**) ويستمر في قتالهم

إلا أن يسلموا أو يبذلوا الجزية ويقاتل من سواهم إلى أن يسلموا ولا يجوز قتل النساء والصبيان إلا أن يقاتلوا ولا الدواب إلا أن يقاتلوا عليها

الشرح

(**إلا أن يسلموا أو يبذلوا الجزية**) فلا يقاتلهم حينئذٍ، (**ويقاتل من سواهم**) كعبدة النار والأوثان والشمس (**إلى أن يسلموا**) ولا يقبل منهم الجزية.

[تَنْبِيهٌ]: لا يقاتل من لم تبلغه الدعوة حتى يعرض عليه الدين لأنه لا يلزمه الإسلام قبل العلم بذلك (التنبيه مع شرحه ج٢/٨١٩).

(**ولا يجوز قتل النساء والصبيان**) والمجانين للنهي في الصحيحين عن قتل النساء والصبيان

وفي السنن: «نهى عن قتل الذرية»، ونص الشافعي كما أفاده الحازمي عنه على أنَّه لا إثم في قتلهم ولا دية ولا كفارة وإنما التحريم لحق الغانمين لا لحق الله تعالى (النجم ج٩/٣٢٣).

(**إلا أن يقاتلوا**) فيجوز قتالهم، لما روى أبو داود في (مراسيله) عن عكرمة أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رأى امرأة مقتولة بالطائف، فقال: «ألم أنه عن قتل النساء؟ من صاحب هذه المقتولة؟ فقال رجل من القوم: أنا يا رسول الله، أردفتها، فأرادت أن تَصْرَعَنِي لتقتلني، فأمر بها رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن توارى»

(**ولا**) يجوز قتل (**الدواب**) لاحترامها لما روى النسائي والحاكم عن عبد الله بن عمرو: أنَّ النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «مَن قتل عصفوراً فما فوقها بغير حقها سأله الله عنها» قيل وما حقها؟ قال يذبحها ويأكلها ولا يقطع رأسها ويطرحها».

(**إلا أن يقاتلوا عليها**) فيجوز قتلها توصلاً إلى قتلهم لأنها حينئذ كأداة القتال وإذا جاز قتل النساء والصبيان عند التترس بهم فالدواب أولى، وفي الصحيحين: «أنَّ رجلاً من المسلمين رأى في غزوة مؤته رجلاً من الروم وعليه

أو نستعين بقتلها عليهم ويجوز قتل الشيوخ والرهبان ومن أمنه من الكفار مسلم بالغ عاقل مختار ولو عبداً حرم قتله ....

الشرح

لامة حسنة، فكمن له وراء حجر، فلما جاوزه خرج من ورائه فعقر فرسه فسقط الأرض وجلس على صدره وذبحه وأخذ لامته وسلاحه فأخذه خالد بن الوليد، فأمره النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يرده ولم ينكر عليه عقر الفرس».

(أو) لم يقاتلوا عليها لكننا **(نستعين بقتلها عليهم)** فيجوز حينئذ أيضاً قتلها دفعاً لضررهم.

(ويجوز قتل الشيوخ والرهبان) الذين لا قتال فيهم ولا رأي في الأظهر لعموم قوله تعالى: ﴿فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾ ولأنهم أحرار مكلفون فجاز قتلهم كغيرهم، ومقابل الأظهر المنع لأنهم لا يقاتلوا فأشبهوا النساء والصبيان (المغني ج٤/٢٧٩).

[تَنْبِيهٌ]: محل الخلاف إذا لم يقاتلوا فإن قاتلوا قتلوا قطعاً وخرج بلا رأي فيهم ما إذا كان فيهم رأي فإنهم يقتلون قطعاً كدريد بن الصمة فإنَّ المشركين أحضروه يوم حنين التماساً لرأيه وهو ابن مائة وخمسين سنة فقتله المسلمون ولم ينكره النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ» رواه الشافعي وغيره (النجم ج٩/٣٢٤).

(ومن أمنه) في حالة كونه **(من الكفار)** أي الحربيين ولو قناً وامرأة لا أسيراً إلا من أسره مدة ما بقي بيده (التحفة ج٩/٢٦٦)، **(مسلم بالغ عاقل مختار ولو عبداً)** لمسلم أو كافرٍ أو فاسقاً أو محجوراً عليه لسفه أو امرأة (المغني ج٤/٢٩٦)، **(حرم قتله)** لحديث أبي داود والحاكم «المسلمون تتكافئ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم».

وفي الصحيحين عن علي: أنَّ النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «ذمة المسلمين

واحدة يسعى بها أدناهم: أي عبيدهم فمن أخفر مسلماً ـ أي ـ نقض عهده ـ فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين». وأمنت به أم هاني بنت أبي طالب يوم الفتح رجلين من أحمائها، وهما الحارث بن هشام، وزهير بن أبي أمية، فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «قد أجرنا من أجرت وأمنا من أمنت» رواه الترمذي.

واحترز عن أضداد ما ذكر فلا يصح أمان كافر لأنَّه متهم، ولا أمان الصبي وإن راهق ولا المجنون لأنَّه عقد فأشبه سائر العقود لكن لا يقتل مَن أمناه إن جهل فساد أمانهما بل يعرف أنه لا أمان له ليرجع وكذا حكم أمان المكره (النجم ج٩/٣٦٨).

(ومن أسلم منهم قبل الأسر) في الحرب أو في حصار أو في مضيق رجلاً كان أو امرأة (شرح التنبيه ج٢/٨٢٠)، **(حقن)** أي منع الإسلامُ **(دمه وماله)** أن يستباح، لحديث الشيخين «أمرتُ أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله». وعند أبي حنيفة: إن إسلامه بعد المحاصرة ودنوا الفتح لا يعصم نفسه عن الاسترقاق ولا ماله عن الاغتنام ولا فرق بين مال ومال.

وعن أبي حنيفة: يجوز فيما في يده الحسية من الأموال دون العقارات ولا فرق بين أن يكون في دار الإسلام أو دار الحرب، وقال مالك إن أسلم في دار الإسلام عصم ماله الذي معه في دار الإسلام دون ما معه في دار الحرب (النجم ج٩/٣٤٥).

(و) حقن أيضاً **(صغار أولاده)** الأحرار **(عن السبي)** لأنَّهم يتبعونه في الإسلام والجد كذلك في الأصح ولو كان الأب حياً ويعصم الحمل تبعاً له لا

ومتى أسر منهم صبي أو امرأة رق بنفس الأسر وينفسخ نكاحها أو بالغ تخير الإمام بالمصلحة بين القتل ....

الشرح

إن استرقت أمه قبل إسلام الأب فلا يبطل إسلامه رقه كالمنفصل وإن حكم بإسلامه، أما البالغ العاقل فلا يعصمه إسلام الأب لاستقلاله بالإسلام (المغني ج٤/٢٨٦).

[تَنْبِيْهٌ]: لا يعصم إسلام الزوج زوجته عن الاسترقاق على المذهب المنصوص لاستقلالها ولو كانت حاملاً منه في الأصح (المغني ج٤/٢٨٦).

(ومتى أسر منهم صبي) أو مجنون حالة الأسر وإن تقطع أو عبدٌ ولو مسلماً (التحفة ج٩/٢٤٦ بتصرف)، **(أو امرأة)** غير مرتدة **(رق بنفس الأسر)** أي صار رقيقاً بنفس الأسر ويكون كسائر أموال الغنيمة الخمس لأهله والباقي للغانمين لأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يقسم السبي كما يقسم المال، والمراد برق العبد استمراره لا تجدده ومثل العبد فيما ذكر المبعض تغليباً لحقن الدم (التحفة بالمعنى ج٩/٢٤٦).

[تَنْبِيْهٌ]: إذا قتل الإمام الصبي والعبد والمجنون والمرأة ولو لشرهم وقوتهم ضَمِنَ قيمتهم للغانمين (المغني بالمعنى ج٤/٢٨٥).

(وينفسخ نكاحها) في الحال ولو كان الأسر بعد الوطء لزوال ملكها عن نفسها فملك الزوج أولى ولحرمة ابتداء ودوام نكاح الأمة الكافرة على المسلم.

وقيل: إن كان أسرها بعد دخول انتظرت العدة فلعلها تعتق فيها فيدوم النكاح كالردة (التحفة ج٩/٢٥١). **(أو بالغ)** عاقل حر ذكر **(تخير الإمام)** أو أمير الجيش فيه **(بالمصلحة)** للإسلام والمسلمين ويفعل وجوباً الأحظ باجتهاده لا بتشهيه (التحفة ج٩/٢٤٧)، فيتخير **(بين القتل)** بضرب العنق لا بتحريق ولا

تغريق ولا مثلة للنهي عنها (النجم ج٩/٣٤٠)، **(والاسترقاق)** ولو لنحو وثني وعربي **(والمن)** عليه بتخلية سبيله من غير مقابل **(والفداء بمال)** يؤخذ منه سواء أكان من ماله أو من مالنا في يده (المغني بالمعنى ج٤/٢٨٥)، ويكون مال الفداء ورقابهم إذا استرقوا كسائر أموال الغنيمة (النجم ج٩/٢٤٧)، **(أو بأسير مسلم)** أو ذمي على الأوجه ولو واحداً في مقابلة جمع منا أو منهم (التحفة ج٩/٢٤٧).

(تنبيهات):

الأول: التخيير بين الخصال الأربع يجري في الكفار الأصليين، أما المرتدون فيطالبهم الإمام بالإسلام وإن امتنعوا فالسيف (المغني ج٤/٢٨٦).

الثاني: لو اختار الإمام خصلة ظهر له بالاجتهاد أنها الأحظ ثم ظهر له بالاجتهاد أنَّ الأحظ غيرها فإن كانت رقاً لم يجز له الرجوع عنها مطلقاً لأنَّ الغانمين وأهل الخمس ملكوا بمجرد ضربه الرق، فلم يملك إبطاله عليهم أو كانت الخصلة التي أختارها أولاً قتلاً جاز له الرجوع عنها تغليباً لحقن الدماء ما أمكن أو كانت الخصلة فداء أو مناً لم يعمل بالثاني إن كان اختار الأول لسبب ولم يزل ذلك السبب لاستلزامه نقض الاجتهاد بالاجتهاد (التحفة ج٩/٢٤٧ ـ ٢٤٨).

الثالث: الاسترقاق لا بد له من لفظ يدل عليه ولا يكفي فيه مجرد الفعل كالاستخدام لأنه لا يستلزمه، وكذا لا بد من لفظ في الفداء، نعم يكفي لفظ ملتزم البدل مع قبض الإمام له من غير لفظ، بخلاف المن والقتل فلا يشترط لاختيارهما لفظ لحصولهما بمجرد الفعل (التحفة ج٩/٢٤٨)

(فإن أسلم) الأسير الكامل أو بذل الجزية قبل أن يختار الإمام فيه شيئاً

سقط قتله ويخير بين الثلاث الباقية ويجوز قطع أشجارهم وتخريب ديارهم.

الشرح

من الخصال الأربع (التحفة ج٩/٢٤٨)، (**سقط قتله**) لقوله صلى الله عليه وسلم: «فإذا قالوها عصموا مني دماءهم». (**ويخير بين الثلاث الباقية**) أي باقي الخصال السابقة أو أسلم بعد أن اختار الإمام المن أو الفداء أو الرق تعين ما اختاره الإمام، ومحل جواز المفاداة مع إرادة الإقامة في دار الكفر إن كان له ثم عشيرة يأمن معها على نفسه ودينه (التحفة ج٩/٢٥٠).

[فرع]: إذا قتل مسلم الأسير قبل أن يختار الإمام فيه شيئاً عزره فإن قتله بعد الاسترقاق ضمن قيمته للغانمين، وإن قتله بعد المن ووصوله إلى مأمنه ضمن ديته لأهله وإن كان قبل وصوله إليهم فلا شيء عليه وإن قتله بعد المفاداة (النجم ج٩/٣٤٣ ـ ٣٤٤).

(**ويجوز قطع أشجارهم**) لقوله تعالى: ﴿مَا قَطَعْتُم مِّن لِّينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَآئِمَةً عَلَىٰٓ أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ ٱللَّهِ﴾ وسبب نزولها أنه صلى الله عليه وسلم: أمر بقطع نخل بني النضير، فقال واحد من الحصن: إن هذا فساد يا محمد، وإنك تنهى عن الفساد، فنزلت، رواه الشيخان من حديث ابن عمر. وقطع صلى الله عليه وسلم كروماً لأهل الطائف رواه أبو داود في مراسيله، وقطع النخل بخيبر رواه البيهقي.

(و) يجوز (**تخريب ديارهم**) لقوله تعالى: ﴿يُخْرِبُونَ بُيُوتَهُم بِأَيْدِيهِمْ وَأَيْدِى ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾.

[تَنْبِيهٌ]: محل جواز قطع الأشجار وتخريب الديار إذا دخلنا بلادهم مُغِيْرِيْنَ ولم يمكنا الاستقرار بها، فلو قهرناهم وفتحناها حرم القطع والتخريب، لأنَّها غنيمة، وكذا إذا فتحناها صلحاً على أنَّها لنا ولهم (النجم ج٩/٣٣٧).

والله أعلم.

باب الغنيمة

الغنيمة لمن حضر الوقعة إلى آخرها فتقسم بينهم بعد إخراج السلب وخمسها للراجل سهم ....

الشرح

(باب الغنيمة)

وهي لغة: الربح، وشرعاً: مال أو ما ألحق به كخمر محترمة حصل لنا من كفار أصليين حربيين مما هو لهم بقتال وإيجاف خيل أو ركاب ونحو ذلك. ولو بعد انهزامهم في القتال أو قبل شهر السلاح حين التقى الصفان، ومن الغنيمة ما أخذ من دارهم سرقة أو اختلاساً أو لقطة أو ما أهدوه لنا أو صالحونا عليه والحرب قائمة. وخرج بما ذكر ما حصله أهل الذمة من أهل الحرب بقتال فالنص أنه ليس بغنيمة فلا ينزع منهم وما أخذ من تركة المرتد فإنَّه فيء لا غنيمة وما أخذ من ذمي كجزية فإنه فيء أيضاً ولو أخذنا من الحربيين ما أخذوه من مسلم أو ذمي أو نحوه بغير حقٍّ لم نملكه، ولو غنم ذمي ومسلم غنيمة فهل يخمس الجميع أو نصيب المسلم فقط؟ وجهان: أظهرهما الثاني كما رجحه بعض المتأخرين (الإقناع ج٤/٢٦٣ - ٢٦٤).

(**الغنيمة لمن حضر الوقعة إلى آخرها**) بنية القتال وإنْ لم يقاتل أو حضر بدون نية القتال لكنه قاتل في الأظهر فإنْ لم يقاتل فلا شيء له (المغني ج٣/١٣١ بالمعنى).

(**فتقسم بينهم**) أي بين من حضر من المجاهدين (**بعد إخراج السلب**) ودفعه للقاتل كما سيأتي بيانه (و) بعد إخراج (**خمسها**) قال تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾. (**للراجل**) أي المحارب على رجله (**سهم**) واحد لفعله

وللفارس ثلاثة أسهم إذا كان ذكراً حراً بالغاً مسلماً عاقلاً ويرضخ للمرأة والعبد والصبي والكافر إن حضروا بإذن الإمام ....

الشرح

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذلك في يوم خيبر متفق عليه، ولا يرد إعطاء النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سلمة بن الأكوع رضي الله تعالى عنه في وقعة سهمين كما صح في مسلم لأنّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رأى منه خصوصية اقتضت ذلك (الإقناع ج٤/٢٦٧).

(وللفارس) وهو المحارب راكباً **(ثلاثة أسهم)** له سهم ولفرسه سهمان للاتباع المعلوم من الأحاديث الصحيحة (شرح التنبيه ج٢/٨٢٩)، ومن حضر بفرس يركبه يسهم له وإن لم يقاتل عليه إذا كان يمكنه ركوبه إلا إن حضر ولم يعلم به فلا يسهم له ولا يعطى إلا لفرس واحد وإنْ كان معه أكثر منها، لأنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يعط الزبير إلا لفرس واحد وكان معه يوم خيبر أفراس عربياً كان الفرس أو غيره كالبرذون وهو ما أبواه عجميان والهجين وهو ما أبوه عربي دون أمه والمقرب بضم الميم وسكون القاف وكسر الراء لأنَّ الكر والفر يحصل من كل منهما ولا يضر تفاوتهما كالرجال. ولا يعطى لفرسٍ أعجف أي مهزول بيِّن الهزال ولا ما لا نفع فيه كالهرم والكبير لعدم فائدته، ولا لبعير وغيره كالفيل والبغل والحمار لأنَّها لا تصلح للحرب صلاحية الخيل له ولكن يرضخ لها ويفاوت بينها بحسب النفع (الإقناع ج٤/٢٦٧).

(إذا كان) الفارس والراجل **(ذكراً حراً بالغاً مسلماً عاقلاً)** وأما من خلا من بعض هذه الأوصاف فلا يقسم له، **(ويرضخ)** وجوباً **(للمرأة والعبد والصبي)** قال الشافعي شهد مع رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عبيد ونساء وصبيان فرضخ لهم وسواء أذن السيد والزوج والولي أم لا والرضخ لسيد العبد وإن لم يأذن (المغني ج٣/١٣٤)، **(والكافر إن حضروا بإذن الإمام)** أما إذا حضروا بغير إذنه فلا يرضخ لهم.

من أربعة أخماسها وإنما تملك الغنيمة بالقسمة أو اختيار التملك وأما السلب فمن قتل قتيلاً أو كفى شره وكان المقتول متمنعاً وغرر القاتل بنفسه في قتله ....

الشرح

[تَنْبِيهٌ]: ظاهر عبارة المصنف أنَّه لا يرضخ للمرأة والعبد والصبي إذا حضروا بدون إذن الإمام والمعتمد أنه يرضخ لهم وإن حضروا بغير إذنه، نعم الكافر لا يرضخ له إلا إنْ حضرَ بإذنه وإلا فلا.

قال في التنبيه مع شرحه للعلامة السيوطي (٢/٨٢٩ ـ ٨٣٠): ويرضخ وجوباً للعبد والمرأة والصبي، قال الشافعي: (شهد مع رسول الله صَلَّىٰاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ عبيد ونساء وصبيان فرضخ لهم) وسواء أذن السيد والزوج والولي أم لا «والكافر إن حضر بإذن الإمام من غير استئجار ولا جعالة»، فإنْ حضر بغير إذنه فلا بل يعزر لأنَّه يتهم بموالاة أهل دينه الخ.

(**من أربعة أخماسها**) في الأظهر لأنه سهم من الغنيمة يستحق بحضور الوقعة إلا أنه ناقص، والثاني من أصل الغنيمة كالمؤن، والثالث أنه من خمس الخمس سهم المصالح (المغني ج٣/١٣٥). (**وإنما تملك الغنيمة بالقسمة**) مع الرضا بها باللفظ لا بالاستيلاء وإلا لامتنع الإعراض وتخصيص كل طائفة بنوع منها (التحفة ج٩/٢٦١). (**أو اختيار التملك**) بأنْ يقول كل واحدٍ منهم اخترت ملك نصيبي (التحفة ج٩/٢٦١)،

(**وأما السلب**) وهو الذي لا تدخله القسمة (**فمن قتل قتيلاً**) أي صير شخصاً من الحربيين قتيلاً (**أو كفى شره**) بأنْ أعماه أو قطع يديه ورجليه أو أسره أو قطع يديه أو رجليه (**وكان المقتول متمنعاً**) بأن كان فيه قدرة على المدافعة عن نفسه (**وغرر القاتل بنفسه في قتله**) أيْ ارتكب غرراً أي خطراً كالدخول في

استحق سلبه وهو ما احتوت يده عليه في الوقعة من فرس وثياب وسلاح ونفقة وغير ذلك فأما الخمس فيقسم على خمسة أيضاً سهم للنبي ﷺ فيصرف بعده في المصالح من سد الثغور وأرزاق القضاة والمؤذنين ونحوهم ....

الشرح

صف الكفار والبروز لهم (**استحق سلبه**) بخلاف ما إذا وجده جريحاً فجهز عليه فلا يستحق سلبه لفقد التغرير بنفسه في قتله.

(**وهو**) أي السلب (**ما احتوت يده**) أي المقتول (**عليه في الوقعة من فرس**) مركوب عليه ولو بالقوة كأن قاتل راجلاً وعنانه بيده مثلاً (التحفة ج٧/١٤٢)، (**وثياب**) القتيل التي عليه (**وسلاح**) كرمح وسيف وإن تعدد من نوع كسيفين فأكثر ورمحين فأكثر فقال بعضهم: يأخذ الجميع، وقال بعضهم: لا يأخذ من نوع إلا واحداً وهو المعتمد لكنه يختار واحداً منهما (**ونفقة وغير ذلك**) كخف وران وسرج ولجام وخاتم ونفقة وسوار ومنطقة.

[تَنْبِيهٌ]: لو مسك الكافر شخص بحيث منعه الهرب ولم يضبطه فقتله آخر أو اشترك اثنان في قتله أو إثخانه اشتركا في سلبه لاندفاع شره بهما (المغني ج٣/١٢٩).

(**فأما الخمس**) الذي أخرج من الغنيمة (**فيقسم على خمسة أيضاً**) الأول (**سهم للنبي ﷺ**) للآية ولا يسقط بوفاته ﷺ (**فيصرف بعده**) ﷺ (**في المصالح**) أيْ مصالح المسلمين فلا يصرف منه لكافر فـ (**من**) المصالح (**سد الثغور**) وشحنها بالعدد والمقاتلة وهي مواضع الخوف من أطراف بلاد الإسلام التي تليها بلاد المشتركين فيخاف أهلها منهم (الإقناع ج٤/٢٦٨)، (**وأرزاق القضاة والمؤذنين ونحوهم**) كالأئمة والعلماء بعلوم تتعلق

بمصالح المسلمين كتفسير وحديث وفقه ومعلمي القرآن لأن بالثغور حفظ المسلمين ولئلا يتعطل من ذكر بالاكتساب عن الاشتغال بهذه العلوم وعن تنفيذ الأحكام وعن التعليم والتعلم فيرزقون ما يكفيهم ليتفرغوا لذلك؛ قال الزركشي نقلاً عن الغزالي: يعطى العلماء والقضاة مع الغنى وقدر المعطى إلى رأي الإمام بالمصلحة ويختلف بضيق المال وسعته، قال الغزالي: ويعطى أيضاً من ذلك العاجز عن الكسب لا مع الغنى، والمراد بالقضاة غير قضاة العسكر أما قضاة العسكر وهم الذي يحكمون لأهل الفيء في مغزاهم فيرزقون من الأخماس الأربعة لا من خمس الخمس، كما قاله الماوردي وكذا أئمتهم ومؤذنوهم وعمالهم يقدم الأهم فالأهم منها وجوباً وأهمها كما قاله في التنبيه سد الثغور لأنَّ فيه حفظاً للمسلمين (الإقناع ج٤/٢٦٨ ـ ٢٦٩).

(و) الثاني **(سهم لذوي القربى)** للآية الكريمة **(من بني هاشم وبني المطلب)** ومنهم إمامنا الشافعي رضي الله تعالى عنه دون بني عبد شمس وبني نوفل، وإن كان الأربعة أولاد عبد مناف لاقتصاره ﷺ في القسم على (بني الأولين مع سؤال بني الآخرين) رواه البخاري، ولأنهم لم يفارقوه في جاهلية ولا إسلام حتى إنه لما بعث ﷺ بالرسالة نصروه وذبوا عنه بخلاف بني الآخرين بل كانوا يؤذونه والثلاثة الأول أشقاء ونوفل أخوهم لأبيهم وعبد شمس جد عثمان بن عفان رضي الله عنه والعبرة بالانتساب إلى الآباء أما من انتسب منهم إلى الأمهات فلا (الإقناع ج٤/٢٦٩ ـ ٢٧٠).

(للذكر) ولو صغيراً **(مثل حظ الأنثيين)** فله سهمان ولها سهم فإنه عطية من الله تعالى يستحق بقرابة الأب، وحكى الإمام في أنَّ الذكر يفضل على الأنثى إجماع الصحابة، ونقل عن المزني وأبي ثور وابن جرير التسوية (المغني ج٣/١٢٠).

وسهم لليتامى الفقراء، وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل.

الشرح

(و) الثالث (**سهم لليتامى الفقراء**) للآية واليتامى جميع يتيم وهو صغير ذكر أو خنثى أو أنثى لا أب له أما كونه صغيراً فلخبر (لا يتم بعد احتلام) وأما كونه لا أب له فللوضع والعرف سواء كان من أولاد المرتزقة أم لا قتل أبوه في الجهاد أم لا له جد أم لا (الإقناع ج٤/٢٧٠).

[تَنْبِيْهٌ]: يشترط لإعطاء اليتامى الإسلام لأنَّ أيتام الكفار لا يعطون من سهم اليتامى شيئاً لأنَّه مال أخذ من الكفار فلا يرجع إليهم وكذا يشترط الإسلام في ذوي القربى والمساكين وابن السبيل لذلك ويندرج في تفسيرهم اليتيم ولد الزنا واللقيط والمنفى بلعان ولا يسمون أيتاماً لأنَّ ولدَ الزنا لا أب له شرعاً فلا يوصف باليتيم واللقيط قد يظهر أبوه والمنفي بلعان قد يستلحقه نافيه ولكن القياس أنهم يعطون من سهم اليتامى (الإقناع ج٤/٢٧٠).

ويجب تعمّيم اليتامى إن أمكن لا التسوية بينهم ولا بد من بينة باليتم والإسلام والفقر ولا بد معها في نحو الهاشمي من استفاضة لنسبه على ما ذكره جمع ويصدق مدعي فقر أو مسكنة أو كونه ابن سبيل بقوله وإنْ اتهم.

(و) الرابع (**سهم للمساكين**) للآية ويدخل في هذا الاسم هنا الفقراء كما قاله في الروضة ويجوز للإمام أن يجمع للمساكين بين سهم من الزكاة وسهم من الخمس وحقهم من الكفارات فيجتمع لهم ثلاثة أموال (الإقناع ج٤/٢٧٠ ـ ٢٧١)، (و) الخامس (**سهم لابن السبيل**) أي بشرط الحاجة ولا يشترط عدم قدرتهم على الاقتراض.

[تَنْبِيْهٌ]: إذا وجد في واحد منهم يتم ومسكنة أعطى باليتم دون

المسكنة لأنَّ اليتم وَصْفٌ لازم والمسكنة زائلة واعترض بأن اليتم لابد فيه من فقر أو مسكنة.

وَمَنْ فُقِدَ مِنْ الأصناف أعطي الباقون نصيبه كما في الزكاة إلا سهم رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فإنَّه للمصالح كما مر (الإقناع ج٤/٢٧١ بتصرف).

** ** **

(فصل في عقد الجزية)

سميت جزية، لأنها جزت عن القتل أي كفت عنه ولفظها مأخوذ م
جازاة لكفنا عنهم وجمعها: جزى، كقرية وقرى.

وهي المال المأخوذ من الكفار في كل سنة بالتراضي لا سكاننا إياهم
رنا أو لحقن دمائهم وذراريهم وأموالهم أو لكفنا عن قتالهم على اختلاف
ك، وليست مأخوذة في مقابلة الكفر ولا التقرير عليه بل هي نوع إذلال له
عل الله أن يخرج منهم من يؤمن بالله واليوم الآخر.

والأصل في الباب قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿ قَـٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ
ِهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ ٱلْحَقِّ مِ
ينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَـٰغِرُونَ﴾ دلت الا
ى ثلاثة أحكام: وجوب جهادهم وجواز قتلهم وحقن دمائهم بأخذ الجزي
ي صحيح البخاري «أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أخذ الجزية من مجوس هجر» وه
جر البحرين من اليمن وهو مذكر مصروف، وأما هجر التي تنسب إليها القلا
حرية: فهي قرية من قرى المدينة (النجم ج٩/٣٨٥)، وأركانها خمس
يغة، وعاقد، ومعقود له، وسكان، ومال.

(تعقد الذمة) أي الأمان المخصوص مع الإقامة بدار الإسلام من غ
ستراط مدة **(لليهود والنصارى)** من العرب والعجم الذين لم يعلم دخولهم
لك الدين بعد نسخه لأصل أهل الكتاب (الإقناع ج٤/٢٧٧)، لقوله تعالى
﴿ قَـٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰ

والمجوس ولمن دخل في دين اليهود والنصارى قبل النسخ والتبديل والسامرة والصابئة إن وافقوهم في أصل دينهم ولمن تمسك بدين إبراهيم وغيره من الأنبياء..........................

الشرح

حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ ﴾ وأخذها النبي من أكيدر دومة وكان من غسان أو من كندة وأخذها من أهل اليمن وأكثرهم عرب **(والمجوس)** لأنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أخذها من مجوس هجر كما تقدم، وقال «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» رواه البخاري وأخذها منهم أبوبكر وعمر وعثمان (النجم ج٩/٣٩١).

ولأنَّ لهم شبهة كتاب **(و)** تعقد الجزية أيضاً **(لمن دخل)** أصوله **(في دين اليهود والنصارى قبل النسخ والتبديل)** الأصح قبل النسخ ولو بعد التبديل وإن لم يجتنبوا المبدل تغليباً لحقن الدم ولا تحل ذبيحتهم ولا مناكحتهم لأنَّ الأصل في الميتات والأبضاع التحريم تغليباً لحقن الدم. وتعقد أيضاً لمن شككنا في وقت تهوده أو تنصره فلم نعرف أَدخلوا في ذلك الدين قبل النسخ أو بعده تغليباً لحقن الدم كالمجوس، وبذلك حكمت الصحابة في نصارى العرب وهم بهراء وتنوخ وبنو تغلب (المغني ج٤/٣٠٦).

[تَنْبِيهٌ]: المراد بالنسخ نسخ التوراة بالإنجيل في اليهود ونسخ الإنجيل في النصارى ببعثته صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولا تعقد لأولاد من تهود أو تنصر بعد النسخ بشريعة نبينا أو تهود بعد بعثة عيسى كآبائهم لأنهم تمسكوا بدين باطل سقطت حرمته (المغني ج٤/٣٠٦)، **(والسامرة والصابئة)** تعقد لهم الجزية **(إن وافقوهم في أصل دينهم)** ولم تكفرهم اليهود والنصارى وإلا فلا تعقد لهم وكذا تعقد لهم لو أشكل أمرهم (المغني ج٤/٣٠٧).

(و) تعقد **(لمن تمسك بدين إبراهيم وغيره من الأنبياء)** كداود وشيث

عليهم الصلاة والسلام ولا يعقد لوثني ومن لا كتاب له ولا شبهة كتاب ولا يصح إلا بشرطين: التزام أحكام الإسلام وبذل الجزية وأقلها دينار من كل شخص. ....

الشرح

(**عليهم**) وعلى نبينا (**الصلاة والسلام**) لأن الله تعالى أنزل عليهم صحفاً فقال ﴿صُحُفِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَىٰ﴾ وقال ﴿وَإِنَّهُۥ لَفِى زُبُرِ ٱلْأَوَّلِينَ﴾.

(**ولا يعقد**) عقد الجزية (**لوثني ومن لا كتاب له ولا شبهة كتاب**) كعبدة الشمس والملائكة ومن في معناهم كمن يقول إنَّ الفلكَ حق ناطق وإن الكواكب السبعة آلهة (المغني ج٤/٣٠٧). أما من له شبهة كتاب كالمجوس فتعقد الجزية لهم وتعقد أيضاً لمن أحد أبويه وثني والآخر كتابي وَلَوْ الأم بأن تكون الأم كتابية والأب وثنياً وعكسه تغليباً لحقن الدم سواء اختار دين الكتابي أم لم يختر شيئاً بخلاف ما لو اختار دين غير الكتابي فلا تعقد له الجزية.

(**ولا يصح**) عقد الذمة (**إلا بشرطين: التزام أحكام الإسلام وبذل الجزية**) بأن يقول الإمام أو نائبه أقررتكم بدار الإسلام أو أذنت لكم في الإقامة بها على أن تنقادوا لحكم الإسلام وتبذلوا في كل سنة كذا وكذا ويقول الذمي قبلت أو رضيت بذلك، ولو قال الكافر للإمام ابتداء أقررني بدار الإسلام كفى، ويشترط ذكر قدر الجزية لا ذكر كف اللسان عن الله ورسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ودينه لأنَّه داخل في شرط الانقياد وبقيت شروط غير هذه تطلب في المطولات. (**وأقلها**) أي الجزية من غني أو فقير عند قوتنا (التحفة مع ع ب ج٩/٢٨٤)، (**دينار**) خالص مضروب فلا يجوز العقد إلا به وإن أخذ قيمته وقت الأخذ جاز (التحفة ج٩/٢٨٤)، (**من كل شخص**) في كل حول للخبر الصحيح «خذ من كل حالم» أي محتلم «ديناراً أو عدله» أي مساوي قيمته وهو بفتح العين ويجوز كسرها، أما عند ضعفنا فيجوز بأقل من دينار إن اقتضته مصلحة ظاهرة وإلا فلا تجب

وأكثرها ما تراضوا عليه وتؤخذ منهم برفق كسائر الديون ....

الشرح

الجزية بالعقد وتستقر بانقضاء الزمن بشرط الذب عنهم في جميعه حيث وجب فلو مات أحدهم أثناء السنة أو لم نذب عنهم إلا أثناء السنة وَجَبَ القسط أمَّا الحي فلا يطالب أثناء السنة بالقسط وكان قياس الأجرة أنه يطالب لولا ما طلب هنا من مزيد الرفق بهم لعلهم يسلمون (التحفة ج٩/٢٨٤). **(وأكثرها)** أي الجزية **(ما تراضوا عليه)** كسائر العقود (شرح التنبيه ج٢/٨٣٥)، ويندب للإمام مماكسة غير سفيه بأن يشاحح الكافر الرشيد العاقد لنفسه أو لموكله الرشيد أيضاً في قدر الجزية حتى يزيد على دينار في العقد بل إن أمكنه أن يعقد بمائة دينار وجب إلا لمصلحة، أما السفيه فلا يجوز مماكسته بل يجب أن يقنع منه بالدينار وإن أذن وليه بأزيد وله العقد بدون إذنه لمصلحة حقن الدم ويسن في المماكسة أن يفاوت بينهم فيعقد لمتوسط بدينارين ولغنى بأربعة خروجاً من خلاف أبي حنيفة فإنه لا يجيزها إلا كذلك فيؤخذ من كل منهما آخر السنة ما عقد به إنْ وجد بصفته آخرها لأن العبرة بوقت الأخذ لا بوقت العقد كما في الروضة عَنْ النص، فإن زاد الذمي في العقد على الدينار لم يفده الندم كالمغبون في الشراء فإذا طلب الإقالة فلا يقال بل يطالب بما عقد به جميعه، فإن امتنع فناقض وإنْ أبى العقد بأكثر من دينار قرره به وجوباً ولو غنيا لأنه الواجب أو بدون دينار لم يعقد له بهإلا مَعَ ضعفنا (فتح الجواد ج٢/٣٤٣).

(وتؤخذ منهم) في آخر الحول **(برفق كسائر الديون)** لما روى مسلم وأبو داوود أن هشام بن حزام وجدَ رجلاً وهو على حمص يشمس ناساً من القبط في أداء الجزية، فقال: ما هذا؟ سمعت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «إن الله عز وجل يعذب الذين يعذبون الناس في الدنيا».

ولفظ الشافعي في ـ الأم ـ وإن أخذ منهم الجزية أخذها بإجمال ولم

الشرح

يضرب أحداً منهم ولم ينله بقول قبيح، والصغار أن يجري عليهم الحكم لا أ
يضربوا ولا يؤذوا (النجم ج٩/٤٠٩).

(**ولا تؤخذ**) الجزية (**من امرأة**) لما روى البيهقي بإسناد صحيح عن عم
أنه كتب إلى أمراء الأجناد: أن لا تأخذ الجزية من النساء والصبيان.

وحكى ابن المنذر فيه الإجماع وخالف ابن حزم فأوجبها على النس
والصبيان والعبيد قال الشيخ بن حجر في التحفة (٩/٢٧٩) وخلاف ابن حزم
يعتد به؛ ولو جاءتنا امرأة حربية تطلب عقد الذمة بجزية أو بعثت بذلك إلينا م
دار الحرب أعلمها الإمام: أنَّه لا جزية عليها فإن رغبت مع ذلك في البذل فه
هبة لا تلزم إلا بالقبض وإن طلبت الذمة بلا جزية أجابها وشرط عليها التز
الأحكام (النجم ج٩/٣٩٤).

ولا تجب الجزية على الخنثى لاحتمال أنوثته فلو بانَ ذكراً أخذ منه ل
مضى (التحفة ج٩/٢٧٩)، (**وصبي**) لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لمعاذ: «خذ من كل حال
أي محتلم ديناراً» رواه الترمذي وأبو داود؛ وروى عن أبي شيبة بإسناد صحيح
أنَّ عمر كتب إلى عمّاله ألا تضربوا الجزية على النساء والصبيان (النج
ج٩/٣٩٥).

[فرع] لو عقد على الرجال أن يؤدوا عن نسائهم وصبيانهم شيئاً غير م
يؤدونه عن أنفسهم فإن كان من أموال الرجال جاز ولزمهم وإن كان من أموا
النساء والصبيان لم يجز قاله الإمام (النجم ج٩/٣٩٥).

(**ومجنون**) أطبق جنونه لعدم تكليفه فإن تقطع وكان قليلاً كساعة من شه
لزمته ولا عبرة بهذا الزمن اليسير وكذا لا أثر ليسير زمن الإفاقة كما بحثه شيخن

وعبد ويلزمون بأحكامنا من ضمان النفس والعرض والمال ويحدون للزنا والسرقة لا للسكر ويتميزون في اللباس والزنانير ....

الشرح

وإن كانَ كثيراً كيوم ويوم فالأصح تلفيق زمن الإفاقة فإذا بلغ سنة فأكثر وجبت جزيتها، اعتباراً للأزمنة المتفرقة بالأزمنة المجتمعة (المغني ج٤/٣٠٨ بتصرف مع زيادة)، **(وعبد)** سواء كان متمحض الرق أو مبعضاً لأنَّ الجزية لحقن الدم وهذا محقون وكما لا تجب على العبد لا تجب على سيده بسببه (فتح الجواد ج٢/٣٤١ بالمعنى مع زيادة).

(ويلزمون بأحكامنا من ضمان النفس والعرض والمال) بالنسبة إلى المسلمين **(ويحدون للزنا والسرقة)** لاعتقادهم تحريمهما كما «رجم رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اليهودي واليهودية» وقد رواه الشيخان. **(لا للسكر)** ونكاح المجوس المحارم فلا يحدون في الأصح وإن رضوا بحكمنا لاعتقادهم حل ذلك. **(ويتميزون في اللباس)** في دار الإسلام ليعرفوا فيعاملوا بما يليق بهم لأنَّ عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ صالحهم على تغيير زيهم بمحضر من الصحابة كما رواه البيهقي فإن قيل لِمَ لَمْ يفعل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هذا بيهود المدينة ونصارى نجران؟ أجيب بأنهم قليلين معروفين فلما كثروا في زمن الصحابة رضي الله تعالى عنهم وخافوا التباسهم بالمسلمين احتاجوا إلى تمييزهم، قال الأصحاب وعادة اليهود لبس العَسلي وهو الأصفر، وعادة النصارى لبس الأكهب والأزرق ويقال له الرمادي، وعادة المجوس لبس الأحمر أو الأسود (المغني ج٤/٣٢٢ مع زيادة).

(والزنانير) جمع زنار بضم المعجمة وهو خيط غليظ شديد يشد في الوسط فوق الثياب لأنَّ عمر رضي الله تعالى عنه صالحهم عليه كما رواه البيهقي هذا في الرجل، أما المرأة فتشده تحت الإزار كما صرح به في التنبيه وحكاه الرافعي عن التهذيب وغيره لكن مع ظهور بعضه حتى يحصل به فائدة،

ويكون في رقابهم جرس في الحمام ولا يركبون فرساً بل بغالاً أو حمارا عرضاً ولا يبدءون سلام ويلجئون إلى أضيق الطريق..............

الشرح

قال الماوردي: ويستوي فيه سائر الألوان (المغني ج٤/٣٢٢)، ومن لبس منهم قلنسوة يميزها عن قلانس المسلمين بالخرق من الألوان المذكورة (شرح التنبيه ج٢/٨٣٧ - ٨٣٨ بالمعنى).

(**ويكون في رقابهم جرس في الحمام**) الذي يدخله المسلمون لأنَّ التمييز باللباس لا يمكن فيه (شرح التنبيه ج٢/٨٣٨)، (**ولا يركبون**) خيلا سواء كانت حصاناً أو (**فرساً**) لقوله تعالى: ﴿وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ فأمر أولياءه بإعدادها لأعدائه، ولما في الصحيحين من حديث عروة البارقي (الخيل معقود في نواصيها الخير إلى يوم القيامة) هذا إذا كانوا في بلاد مع المسلمين فلو انفردوا بقرية فلا منع (المغني ج٤/٣٢١ بتصرف)، (**بل**) يركبون (**بغالاً**) ولو نفيسة في الأصح لأنها في نفسها خسيسة وألحق الإمام والغزالي البغال النفيسة بالخيل واختاره الأذرعي وغيره فإنَّ التجمل والتعاظم بركوبها أكثر من كثير من الخيل، وقال البلقيني: لا توقف عندنا في الفتوى بذلك لأنَّه لا يركبها في هذا الزمان في الغالب إلا أعيان الناس أو من يتشبه بهم اهـ ويمنع تشبههم بأعيان الناس أو من يتشبه بهم (المغني ج٤/٣٢١).

(**أو حماراً**) ولو رفيع القيمة ويكون الركوب (**عرضاً**) بأن يجعل رجليه من جانب واحد وظهره من جانب آخر بحيث تبقى رجلاه مدليتين إلى جانب (**ولا يبدءون بسلام**) للنهي عنه (**ويلجئون إلى أضيق الطريق**) لما روى الشيخان عن أبي هريرة: أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «لا تبدؤوا اليهود ولا النصارى بالسلام، وإذا لقيتم أحدهم في طريق فاضطروه إلى أضيقه». فإذا خلت الطريق عَنْ الزحمة فلا حرج ويكن التضييق عليه بحيث لا يقع في وهدة ولا يصدمه جدار،

ولا يعلون على المسلمين في البناء ولا يساوونهم، فإن تملكوا داراً عالية لم تهدم ....

الشرح

قال في الحاوي ولا يمشون إلا أفراداً متفرقين «ولا يوقرون في مجلس» فيه مسلم، لأنَّ الله تعالى أذلهم، والظاهر كما قاله الأذرعي تحريم ذلك (المغني ج٤/٣٢١ - ٣٢٢).

(**ولا يعلون على**) الجيران (**المسلمين في البناء**) أي يمنعون من ذلك وجوباً لخبر مسلم (الإسلام يعلو ولا يعلى عليه) وليتميز البناءان ولئلا يطلع على عوراتنا، ولا فرق بين أن يرضى الجار بذلك، أم لا. لأنَّ المنع من ذلك لحق الدين لا لمحض حق الدار وسواء أكان بناء المسلم معتدلاً أم في غاية الانخفاض (المغني ج٤/٣٢٠).

(**ولا يساوونهم**) لأنَّ التمييز بين المسلم والذمي مطلوب في البناء كالتمييز في اللباس (النجم ج٩/٤٢١)، وإذا طول أو ساوى هدم ما حصل به التطويل والمساواة.

[تَنْبِيْهٌ]: يمنع الذمي من رفع البناء ومساواته سواء شرط عليه ذلك في العقد أم لا كما اعتمده الشيخ بن حجر في التحفة والخطيب في المغني واقتضاه كلام الشافعي والأصحاب خلافاً للماوردي القائل بعدم المنع في حالة عدم الاشتراط (التحفة ج٩/٢٩٦ والمغني ج٤/٣٢٠ مع زيادة).

(**فإن تملكوا داراً عالية لم تهدم**) لكن يمنع من الإشراف على المسلمين وطلوع سطحها بلا تحجير كما قاله الماوردي وغيره (التحفة ج٩/٢٩٦ مع زيادة)، قال الزركشي: ولو استأجر داراً عالية لم يمنع من سكناها بلا خلاف (المغني ج٤/٣٢٠)، ولو كانوا في محلة منفصلة عن المسلمين لم يمنعوا من

ويمنعون من إظهار خمر وخنزير وناقوس وجهر التوراة والإنجيل وجنائزهم وأعيادهم ومن إحداث كنيسة.....................

الشرح

رفع البناء لانتفاء خوف الاطلاع على عورة المسلمين (النجم ج٩/ ٤٢١).

(**ويمنعون من إظهار**) منكر بيننا من نحو (**خمر وخنزير وناقوس**) وهي ما يضرب به النصارى لأوقات الصلاة (المغني ج٤/ ٣٢٣ بتصرف)، (**وجهر التوراة والإنجيل**) وإن كانوا في كنائسهم وسواء شرط ذلك أم لا (المغني ج٤/ ٣٢٣ بتصرف).

(**وجنائزهم وأعيادهم**) ونحو لطم ونوح لأن في ذلك مفاسد كإظهار شعار الكفر فإن انتفى الإظهار بأن فعلوا ذلك بينهم أو انفردوا بقرية فلا منع فإن أظهروا شيئاً من ذلك عزروا وإن لم يشرط في العقد، وتراق خمر لهم أظهرت ويتلف ناقوس لهم أظهر (المغني ج٤/ ٣٢٣ بتصرف). وإذا فعلوا ما يعتقدون تحريمه يجري عليهم حكم الله فيه ولا يعتبر رضاهم وذلك كالزنا والسرقة فإنهما محرمان عندهم كشرعنا وأما ما يعتقدون حله فلا يحدون عليه في الأصح (النجم ج٩/ ٤٢٩).

[تَنْبِيهٌ]: لو شرطت عليهم هذه الأمور التي يمنعون منها كإظهار خمر وناقوس فخالفوا ذلك لم ينتقض العهد إذ ليس فيها كبير ضرر علينا لكن يبالغ في تعزيرهم حتى يمنعوا منها (التحفة ج٩/ ٣٠١ - ٣٠٢).

(**و**) يمنعون وجوباً (**من إحداث كنيسة**) وبيعة وصومعة للتعبد ولو مع غيره كنزول المارة في بلد أحدثناه كالبصرة والقاهرة وبغداد والكوفة أو أسلم أهله عليه من غير قتال ولا صلح كاليمن أو فتح عنوة كأصبهان وبلاد المغرب وفارس (التحفة ج٩/ ٢٩٣ بتصرف).

فإن صولحوا في بلدانهم على الجزية لم يمنعوا من ذلك، ويمنعون من المقام بالحجاز وهي مكة والمدينة واليمامة وقراها أكثر من ثلاث أيام

الشرح

(**فإن صولحوا في بلدانهم على**) دفع (**الجزية**) وعلى أن الأرض لهم يؤدون خراجها (**لم يمنعوا من ذلك**) كله لأنَّها ملكهم ولهم إحداث كنيسة في الأصح.

(**ويمنعون من المقام بالحجاز**) لما روى عمر: أنَّ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «لئن عشت إلى قابل لأخرجنَّ اليهود والنصارى من جزيرة العرب» أخرجه مسلم بدون: «لئن عشت» والبيهقي بها. وفي الصحيحين من حديث ابن عباس، قال: اشتد الوجع برسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فأوصى عند موته بثلاث: «أخرجوا المشركين من جزيرة العرب»، وفي مسند أحمد والبيهقي آخر ما تكلم به النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أخرجوا يهود الحجاز وأهل نجران من جزيرة العرب»

قال الجويني والقاضي حسين: الجزيرة هي الحجاز. والمشهور: أن الحجاز بعض الجزيرة، فلما مات النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يتفرغ أبوبكر لإخراجهم فأجلاهم عمر، وهم زهاء أربعين ألفاً، ولم ينقل: أن أحداً من الخلفاء أجلاهم من اليمن مع أنها من الجزيرة، فدل على أن المراد: الحجاز فقط (النجم ج٩/٣٩٧ - ٣٩٨).

(**وهي مكة والمدينة واليمامة**) وهي مدينة بقرب اليمن على أربع مراحل من مكة ومرحلتين من الطائف، قيل سميت باسم جارية زرقاء كانت تبصر الركب من مسيرة ثلاثة أيام وكانت تسكنها (النجم ج٩/٣٩٩)، (**وقراها**) أي الثلاثة كالطائف ووج لمكة وخيبر للمدينة (المغني ج٤/٣٠٩)، (**أكثر من ثلاثة أيام**) لما روى ابن أبي شيبة عن نافع عن ابن عمر: (لا تتركوا اليهود

والنصارى بالمدينة فوق ثلاث قدر ما يبيعون سلعتهم) ولا يحسب منها يومي الدخول والخروج كما مر في المسافر ولو أقام أكثر من ذلك لإنجاز حاجة لم يمكن قطعاً (النجم ج٩/٤٠١).

[تَنْبِيْهٌ]: محل منع الزائد على الثلاث إذا كان في موضع واحد، أما لو أقام في موضع ثلاثة أيام ثم انتقل إلى آخر، وهكذا لم يمنع من ذلك، قال الزركشي تبعا لصاحب الوافي: وينبغي أن يكون بين كل موضعين مسافة القصر وإلا فيمنع من ذلك وهو بحث حسن لأنَّ ما دونها في حكم الإقامة (المغني ج٤/٣١٠).

(إذا أذن لهم الإمام في الدخول لحاجة) كتجارة في طعام ومتاع نحتاج إليهما أو أداء رسالة وعقد ذمة وهدنة، **(ولا يمكن مشرك)** ولو لمصلحة **(من)** دخول **(الحرم)** أي حرم مكةِ **(بحال)** سواء أراد الدخول لتجارة أم أداء رسالة أم سماع القرآن (شرح التنبيه ج٢/٨٤٠)، لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا﴾، فإن كان المشرك رسولاً والإمام في الحرم خرج إليه الإمام أو نائبه يسمعه إذا امتنع من أداء الرسالة إلا إليه وإلا بعث إليه من يسمع وينهى إليه وإن طلب منا المناظرة ليسلم خرج إليه من يناظره، وإن كان لتجارة خرج إليه من يشتري منه (المغني ج٤/٣١٠ - ٣١١).

[تَنْبِيْهٌ]: لو بذل الكافر على دخوله الحرم مالاً لم يُجَبْ إليه فإن أجيب فالعقد فاسد ثم إن وصل المقصد أخرج وثبت المسمى أو دون المقصد فالبقسط من المسمى (المغني ج٤/٣١١).

[قاعدة] كل عقد فسد يسقط فيه المسمى إلا هذه المسألة لأنه قد استوفى

ولا يدخلون مسجداً إلا بإذن وعلى الإمام حفظ من كان منهم في دارنا كما يحفظ المسلمين واستنقاذ من أسر منهم، فإن امتنعوا من التزام أحكام الملة وأداء الجزية..............................

الشرح

العوض وليس لمثله أجرة فرجع إلى المسمى (المغني ج٤/٣١١).

(**ولا يدخلون مسجداً إلا بإذن**) من الإمام أو نائبه وكذا من آحاد المسلمين في الأظهر وجواز الإذن منوط بالحاجة كأن يدخل ليسلم أو يسمع القرآن أو يستفتي لا للأكل والشرب فإن كان جنباً فقد قيل لا يمكن من اللبث فيه كالمسلم بل أولى، وقيل يمكن وهو الأصح «لأنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ربط ثمامة بن أثال وهو أسير في سارية من سواري المسجد» رواه مسلم وهو لا يخلو عن احتلام وغسل إن اتفق في كفر غير معتد به (شرح التنبيه ج٢/٨٤٠).

(**وعلى الإمام حفظ من كان منهم في دارنا**) ودفع من قصدهم بالأذية من مسلم وكافر (التنبيه مع شرحه ج٢/٨٤١).

(**كما يحفظ المسلمين**) ويجب على الإمام الدفع عنهم بدارهم إن شرط الذب عنهم هناك وفاء بالشرط أو كان فيها مسلم وإن لم يشرط الذب عنهم فإن لم ندفع عنهم حيث لزمنا ذلك فلا جزية لمدة عدم الدفع فإن ظفر الإمام بمن أغار عليهم وأخذ أموالهم رد عليهم ما وجد من أموالهم ولا يضمنون ما أتلفوه إن كانوا حربيين كما لو أتلفوا مالنا (المغني ج٤/٣١٨ والتحفة ج٩/٢٩٢ - ٢٩٣).

(**و**) يجب على الإمام (**استنقاذ من أسر منهم**) لأنهم بذلوا الجزية لحفظ أنفسهم وأموالهم والتزمنا ذلك لهم بالعقد فوجب الوفاء به (شرح التنبيه ج٢/٨٤١).

(**فإن امتنعوا من التزام أحكام الملة وأداء الجزية**) أو قاتلونا ولا شبهة لهم

انتقض عهدهم مطلقاً وإن زنى أحد منهم بمسلمة أو أصابها بنكاح أو آوى عيناً للكفار أو فتن مسلماً عن دينه أو قتله أو ذكر الله أو رسوله أو دينه بما لا يجوز فإن شرط عليهم الانتقاض بذلك انتقض وإلا فلا

الشرح

(المغني ج٤/٣٢٣)، (**انتقض عهدهم مطلقاً**) شرط عليهم الانتقاض أم لا لمخالفته مقتضى العقد أما إذا كانت شبهة لهم كأن أعانوا طائفة من أهل البغي وادعوا الجهل أو صال عليهم طائفة من متلصصي المسلمين وقطاعهم فقاتلوهم دفعاً فلا يكون ذلك نقضاً وسواء كان امتناعهم من أصل الجزية أو من الزائد على الدينار (المغني ج٤/٣٢٣).

(**وإن زنى أحد منهم بمسلمة**) مع علمه بإسلامها حال الزنا (المغني ج٤/٣٢٤)، (**أو أصابها بنكاح**) أي بصورته مع علمه بإسلامها (التحفة ج٩/٣٠٢)، أو لاط بغلام مسلم (المغني ج٤/٣٢٤)، (**أو آوى عيناً**) أي جاسوساً (**للكفار**) الحربيين، أو دل أهل الحرب على عورة للمسلمين الموجودين فيهم بسبب ضعف أو غيره (المغني ج٤/٣٢٤).

(**أو فتن مسلماً عن دينه**) أو دعاه للكفر (التحفة ج٩/٣٠٢)، (**أو قتله**) عمداً وإن لم توجب القصاص عليه كذمي حر قتل عبداً مسلماً.

(**أو ذكر**) جهراً (**الله**) تعالى (**أو رسوله**) أو غيره من الأنبياء صلوات الله وسلامه عليه وعليهم أجمعين.

(**أو**) ذكر (**دينه بما لا يجوز**) مما لا يتدينون به (**فإن شرط عليهم الانتقاض بذلك انتقض**) لمخالفة الشرط (**وإلا**) إذا لم يشرط الانتقاض أو وقع شك هل شرط أو لا على الأوجه (التحفة ج٩/٣٠٢)، (**فلا**) ينتقض لأنها لا تخل بمقصود العقد هذا ما في المنهاج كأصله وصححه في الشرح الصغير ونقله

الشرح

الزركشي وغيره عن نص الشافعي وهو أوجه من قول الروضة لا ينتقض مطلقاً أما ما يتدينون به كقولهم القرآن ليس من عند الله أو محمد ليس بنبي فلا انتقاض به مطلقاً ويعزرون على ذلك اهـ ملخصاً من (التحفة ج٩/٣٠٢ والمغني ج٤/٣٢٤). ولو شرط عليه الانتقاض ثم قتل بمسلم أو بزناه حالة كونه محصناً بمسلمة صار ماله فيئاً كما قاله ابن المقري، لأنه حربي مقتول تحت أيدينا لا يمكن صرفه لأقاربه الذميين لعدم التوارث ولا للحربيين لأنا إذا قدرنا على مالهم أخذناه فيئاً أو غنيمة وشرط الغنيمة هنا ليس موجوداً (المغني ج٤/٣٢٤).

(ومن انتقض عهده) بغير قتال **(تخير الإمام فيه بين الخصال الأربع في الأسير)** إن لم يطلب تجديد عقد الذمة وإلا وجبت إجابته فإن أسلم المنتقض عهده قبل الاختيار امتنع الرق والقتل والفداء لأنه لم يحصل في يد الإمام بالقهر وله أمان متقدم فخف أمره هذا كله فيمن انتقض عهده بغير قتال أما بقتال فيجب دفعه وقتاله ولا يبلغ المأمن لعظم جنايته ومن ثم جاز قتله وإن أمكن دفعه بغيره فيما يظهر من كلامهم، وحينئذ فيتخير الإمام فيمن ظفر به منهم من الأحرار الكاملين كما يتخير في الأسير (التحفة ج٩/٣٠٣ مع تقديم وتأخير).

[خَاتِمَةٌ]

الأولى للإمام أن يكتب بعد عقد الذمة اسم من عقد له ودينه وحليته ويتعرض لسنه أهو شيخ أم شاب ويصف أعضاءه الظاهرة من وجهه ولحيته وحاجبيه وعينيه وشفتيه وأنفه وأسنانه وآثار وجهه إن كان فيه آثار ولونه من سمرة وشقرة وغيرهما ويجعل لكل طوائفهم عريفاً مسلماً يضبطهم ليعرفه بمن مات أو

أسلم أو بلغ منهم أو دخل فيهم، وأما من يحضرهم ليؤدي كل منهم الجزية أو يشتكي إلى الإمام من يتعدى عليهم منا أو منهم فيجوز جعله عريفاً كذلك ولو كان كافراً وإنما اشترط إسلامه في الغرض الأول لأنَّ الكافر لا يعتمد خبره (المغني ج٤/٣٢٦). والله أعلم.

** ** **

ذا زنى أو لاط البالغ العاقل المختار مسلماً كان أو ذمياً أو مرتداً حراً كان أو عبداً وجب عليه الحد فإن كان محصناً رجم حتى يموت ......

الشرح

(باب الحدود)

جمع حد، وهو لغة: المنع، وشرعاً: عقوبة مقدرة وجبت زجراً عن رتكاب ما يوجبها.

بدأ المصنف رحمه الله تعالى منها بالزنا وقدم باب الردة بعد باب الصيال بعاً للتنبيه، وهو بالقصر لغة حجازية وبالمد تميمية، واتفق أهل الملل على حريمه وهو من أفحش الكبائر ولم يحل في ملة قط، ولهذا كان حده أشد لحدود لأنه جناية على الأعراض والأنساب (فتح الجواد ج٢/٣٠٢ مع زيادة)، **(إذا زنى)** أي أدْخَل حشفة ذكره الأصلي المتصلة أو قدْرها منه عند فقدها في قبل واضح وجب عليه الحد لأن إيلاج ذلك مظنة اللذة ومن ثم لو أدخل قدرها من غير مقطوعها كأن ثنى ذكره وأدخل منه قدرها لم يحد به ولم يترتب عليه شيء من أحكام الوطء على الأوجه خلافاً للبلقيني لأنَّه حينئذ كقطعة لحم من بقية بدنه بجامع عدم الالتذاذ (الإقناع وحاشيته ج٤/١٦٨)، **(أو لاط)** أي أدخل حشفته في دبر آدمي **(البالغ العاقل المختار)** بخلاف الصبي والمجنون والمكره **(مسلماً كان أو ذمياً أو مرتداً حراً كان أو عبداً وجب عليه الحد)** إذا كان عالماً بالتحريم.

(فإن كان محصناً رجم حتى يموت) بحجارة معتدلة أو نحو مدر وعظم وخزف لا بحصيات لئلا يطول تعذيبه ولا بصخرات لئلا تدفعه فيفوت به التنكيل المقصود، وجميع بدنه محل للرجم ويختار أن يتوقى الوجه ولا يربط

والمحصن من وطئ في قبل في نكاح صحيح وهو حر بالغ عاقل فلو وطئ زوجته في الدبر أو جاريته في القبل أو في نكاح فاسد أو وطئ زوجته وهو عبد ثم عتق أو صبي أو مجنون ثم أفاق وزنى فليس بمحصن وغير المحصن إن كان حراً جلد مائة ....

الشرح

ولا يقيد وأن يحاط به من الجوانب الأربع وأن يحفر لامرأة ثبت زناها ببينة أو لعان إلى صدرها، ويجاب إن طلبَ شُرْباً لا أكلاً ولا يجوز قتله بنحو سيف لأن القصدَ التنكيل به بالرجم (فتح الجواد ج٢/٣٠٥).

(**والمحصن من وطئ في القبل في نكاح صحيح**) لأن الشهوة مركبة في النفوس فإذا وطئ في نكاح صحيح فقد نالها فحقه أن يمتنع من الحرام، ولفظة (القبل) لا بد منها فقد قال الأصحاب: حكم الدبر حكم القبل إلا في الإحصان والإحلال والفيئة والعنة ولا يتغير به إذن البكر (النجم ج٩/١١٥).

(**وهو حر بالغ عاقل فلو وطئ زوجته في الدبر**) فليس بمحصن (**أو**) وطئ (**جاريته في القبل**) فليس بمحصن. (**أو**) وطئ (**في نكاح فاسد**) كأن كان بلا ولي أو بلا شهود لأنَّه حرام فلا تحصل به صفة الكمال (النجم ج٩/١١٥ مع زيادة)، (**أو وطئ زوجته وهو عبد**) ولو مكاتباً ومبعضاً ومستولدة (**ثم عتق**) فليس بمحصن لأنَّه على النصف من الحر والرجم لا نصف له. وإنما اعتبرت الحرية لأنها صفة كمال وشرف والشريف يصون نفسه عما يدنس عرضه، والرقيق مبتذل مهان إذ لا يتحاشى عما يتحاشى عنه الحر، ولذلك قالت هند بنت عتبة عند البيعة: (أوَ تزني الحرة) (النجم ج٩/١١٤ ـ ١١٥).

(**أو**) وطئ وهو (**صبي أو مجنون ثم أفاق وزنى فليس بمحصن**) لنقصه حال الوطء، (**وغير المحصن**) ذكراً كان أو أنثى (**إن كان حراً**) حده (**جلد مائة**

الشرح

جلدة) لآية: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾ أي ولاء فلو فرقها
ظر فإن لم يزل الألم لم يضر، وإلا فإن كان خمسين لم يضر وإن كان دون ذلك
ضر وعلل بأن الخمسين حد الرقيق وسمي جلداً لوصوله إلى الجلد (المغني
ج٤/١٨٢)، **(وغرب سنة)** لرواية مسلم بذلك.

[تَنْبِيْهٌ]: أفهم عطفه التغريب بالواو أنَّه لا يشترط الترتيب بينها فلو
قدم التغريب على الجلد جاز كما صرح به في الروضة وأصلها، وأفهم لفظ
التغريب انه لا بد من تغريب الإمام أو نائبه حتى لو أراد الإمام تغريبه فخرج
بنفسه وغاب سنة ثم عاد لم يكفِ وهو الصحيح لأنَّ المقصود التنكيل وابتداء
العام من حصوله في بلد التغريب في أحد وجهين أجاب به القاضي أبو الطيب
والوجه الثاني من خروجه من بلد الزنا وهو المعتمد، ولو ادعى المحدود انقضاء
العام ولا بينة صدق لأنه من حقوق الله تعالى ويحلف ندباً، قال الماوردي:
وينبغي للإمام أن يثبت في ديوانه أول زمان التغريب (المغني ج٤/١٨٢ مع زيادة
لفظة وهو المعتمد) ويغرب من بلد الزنا **(إلى مسافة القصر)** لأنَّ ما دونها في
حكم الحضر لتواصل الأخبار فيها إليه ولأنَّ المقصود إيحاشه بالبعد عن الأهل
والوطن فما فوقها مما يراه الإمام بشرط أمن الطريق والمقصد على الأوجه وأن
لا يكون بالبلد طاعون لحرمة دخوله ذلك اقتداء بالخلفاء الراشدين لأن عمر
غرب إلى الشام وعثمان إلى مصر وعلياً إلى البصرة. وليكن تغريبه إلى بلد معين
فلا يرسله الإمام إرسالاً، وإذا عين له جهة فليس للمغرب أن يختار غيرها لأنَّ
ذلك أليق بالزجر ومعاملة له بنقيض قصده (المغني ج٤/١٨٢).

[تَنْبِيْهٌ]: لا تغرب المرأة وحدها في الأصح بل مع زوج أو محرم
لقوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة

ليلة إلا مع ذي محرم».

ولأن القصد تأديبها وإذا خرجت وحدها هتكت جلباب الحياء، ومقابل الأصح تغرب وحدها لأنه سفر واجب فأشبه سفر الهجرة كذا أطلق الخلاف جماعة، وخصه الإمام الغزالي بأمن الطريق وإلا امتنع سفرها وحدها جزماً، وفي الاكتفاء بالنسوة الثقات عند أمن الطريق وجهان: أصحهما أنهن كالمحرم وربما اكتفى بعضهم بواحدة ثقة وشرط بعضهم أن يكون معها زوج أو محرم، وينبغي أن يلحق الأمرد الحسن بالمرأة في أنَّه لا يغرب إلا بمحرم على الأصح (النجم ج٩/١٢٠ ـ ١٢١).

(وإن كان عبداً) ولو مبعضاً (جلد خمسين) لقوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ والقتل لا يتنصف فتعين أن يكون في الجلد وروى مالك وأحمد عن علي: أنه أتى بعبد وأمة زنيا فجلدهما خمسين خمسين.

ولا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى بجامع الرق (النجم ج٩/١٢١)، (وغرب نصف سنة) لأنها تتنصف فأشبهت الجلد وفي قول يغرب سنة لأنَّ ما لا يتعلق بالطبع لا يفترق فيه الحال بين الحر والعبد كمدة العنة والإيلاء، وفي قول لا يغرب أصلاً لأنَّ في ذلك تفويتاً لحق السيد وادعى القاضي أبو الطيب أنَّه الأظهر وبه قال مالك وأحمد لقوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها، ثم إذا زنت فليجلدها» ولم يذكر التغريب ولأن العبد لا أهل له في موضع غالباً فلا يستوحش بالتغريب والجواب: أنه إذا ألف موضعاً شق عليه فراقه ولا يبالى بحق السيد في العقوبات كما يقتل بالردة وتقطع يده إذا سرق (النجم مع المنهاج ج٩/١٢٢).

ومن وطئ بهيمة أو امرأة ميتة أو حية فيما دون الفرج أو جارية يملك بعضها أو أخته المملوكة له أو وطئ زوجته في الحيض والدبر أو استمنى بيده

الشرح

(**ومن وطئ بهيمة**) عزر في الأظهر روى النسائي والبيهقي عن ابن عباس، قال: (ليس على الذي يأتي بهيمة حد) قال في الكفاية وهذا لا يقوله إلا توقيفاً وإذا انتفى الحد ثبت التعزير لأنه أتى معصية لاحد فيها ولا كفارة ولأنَّه فرج لا تدعو إليه النفس ولا تدعو الشهوة إلى مواقعته، والحدود شرعت زواجر عما تدعوا إليه النفوس ولهذا وجب الحد في شرب الخمر دون شرب البول (شرح التنبيه ج٢/٨٥٠).

(**أو**) وطئ (**امرأة ميتة**) ولو أجنبية عزر كذلك لأنَّ وطء الميتة مما ينفر الطبع عنه فلا يحتاج للزجر عنه فهو غير مشتهى طبعاً (التحفة ج٩/١٠٦).

(**أو**) وطئ (**حية**) أجنبية (**فيما دون الفرج**) عزر ولم يحد لأنه لا حدَّ بمفاخذة وغيرها مما ليس فيه تغييب حشفة كالسحاق لعدم الإيلاج ومن ثم لا حد بتمكينها نحو قرد وإيلاجها ذكره بفرجها (التحفة ج٩/١٠٤).

(**أو**) وطئ (**جارية يملك بعضها**) أو جارية ابنه عزر ولم يحد للشبهة (**أو**) وطئ (**أخته المملوكة له**) بنسب أو رضاع أو مصاهرة لشبهة الملك، وللخبر الصحيح «ادرءوا الحدود بالشبهات»، (**أو وطئ زوجته في الحيض**) أو في النفاس أو في الصوم أو في الأحرام فلا حد لأنَّ التحريم ليس لعينه بل لأمر عارض كالأذى وإفساد العبادة (التحفة ج٩/١٠٤).

أ(**و**) وطئ زوجته في (**الدبر**) عزر فيما عدا المرة الأولى (**أو استمنى بيده**) عزر بخلاف ما لو استمنى بيد زوجته أو جاريته فإنَّه يجوز لأنَّها محل استمتاعه.

أو أتت المرأة المرأة لا حد عليه ويعزر ومن زنى وقال: لا أعلم تحريم الزنا وكان قريب عهد بالإسلام أو نشأ ببادية بعيدة لم يحد وإن لم يكن كذلك حد ولا يجلد في حر وبرد شديدين ....

الشرح

(**أو أتت المرأة المرأة**) وهو المسمى بالسحاق عزرتا لأنها معصية لا إيلاج فيها كالمباشرة فيما دون الفرج (شرح التنبيه ج٢/٨٥١)، (**لا حد عليه**) فيها ولا كفارة (**ويعزر**) في جميع ما تقدم.

(**ومن زنى**) بامرأة (**وقال: لا أعلم تحريم الزنا وكان قريب عهد بالإسلام أو نشأ ببادية بعيدة**) عن العلماء (**لم يحد**) لما روى البيهقي عن سعيد بن المسيب أنه قال ذكر الزنا بالشام، فقال رجل: زنيت البارحة، فقالوا: ما تقول؟ قال: ما علمت أن الله حرمه، فكتبوا إلى عمر فكتب إليهم: (إن كان علم أن الله حرمه فحدوه وإن لم يكن قد علم فأعلموه فإن عاد فارجموه)، أما إذا علم التحريم وجهل وجوب الحد فالصحيح الجزم بوجوب الحد عليه (النجم ج٩/١١٢).

(**وإن لم يكن كذلك**) بأن نشأ بين المسلمين وهو عاقل أو نشأ قريباً من العلماء وادعى ما تقدم (شرح التنبيه ج٢/٨٥٢ مع زيادة)، (**حد**) لأنَّ الظاهر خلاف ما يدعيه (شرح التنبيه ج٢/٨٥٢ مع زيادة).

(**ولا يجلد في حر وبرد شديدين**) بل يؤخر مع الحبس لوقت الاعتدال ولو ليلاً وكذا قطع السرقة بخلاف القود وحد القذف لأنهما حق آدمي (التحفة ج٩/١١٩).

[تَنْبِيْهٌ]: لو كان في بلاد لا ينفك حرها أو بردها لم يؤخر ولم ينقل إلى البلاد المعتدلة كما قاله الماوردي والروياني لما فيه من تأخير الحد ولحوق

ومرض يرجى برؤه حتى يبرأ ولا في المسجد ولا المرأة في الحبل حتى تضع ويزول ألم الولادة ولا يجلد بسوط جديد ولا بال بل بسوط بين سوطين ولا يمد ولا يشد ولا يبالغ في الضرب ولا يجرد.....................

الشرح

المشقة، وقوبل إفراط الحر والبرد بتخفيف الضرب ليسلم من القتل كما في المرض اللازم (المغني ج٤/١٩١).

(**ومرض يرجى برؤه**) كالحمى والصداع (**حتى يبرأ**) لأنَّ المقصودَ الردع لا القتل وقد يفضي الجلد حينئذ إلى القتل (المغني ج٤/١٩٠) (**ولا في المسجد**) للنهي عن ذلك في حديث أبي داود.

(**ولا**) تجلد (**المرأة في الحبل حتى تضع ويزول ألم الولادة**) وينقطع دم النفاس لأن في إقامتها قبل ذلك إتلافاً لولدها وإعانة على قتلها (شرح التنبيه ج٢/٨٥٣).

(**ولا يجلد بسوط جديد**) لأن فيه زيادة ألم (**ولا بال**) لا يؤلم (**بل**) يجلد (**بسوط بين سوطين**) جديد وبال لما روى في الموطأ مرسلاً أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أراد أن يجلد رجلاً فأتى بسوط خَلِقٍ فقال فوق ذلك فأتى بسوط جديد، فقال بين هذين وهذا الحديث حجة بتقدير اعتضاده أو صحة وصله كما قيل (التحفة ج٩/١٧٤). (**ولا يمد**) كما قاله البغوي بل يجلد الرجل قائماً والمرأة جالسة (المغني ج٤/٢٣٧)، (**ولا يشد**) بل تترك يداه مطلقتين ليتقي بهما وإذا وضعهما على موضع ضرب غيره ولا يلقى على وجهه أي يحرم ذلك فيما يظهر أخذاً من حرمة كب الميت على وجهه وإن أمكن الفرق (المغني ج٤/٢٣٧).

(**ولا يبالغ في الضرب**) بأن يرفع يده فوق رأسه (**ولا يجرد**) من ثيابه الخفيفة التي لا تمنع أثر الضرب أما ما يمنع كالجبة المحشوة والفروة فتنزع منه

ويفرقه على أعضائه ويتوقى المقاتل والوجه ويضرب الرجل قائماً والمرأة جالسة مستورة..

الشرح

مراعاة لمقصود الحد (التحفة ج٩/١٧٤مع زيادة). (**ويفرقه**) أي الضرب بالسوط (**على أعضائه**) فلا يجمعه في موضع واحد، لما روى ابن أبي شيبة وعبد الرزاق والبيهقي عن علي رَضِيَاللَّهُعَنهُ أنه قال للجلاد: (اعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير) والتفريق واجب كما بحثه الأذرعي لأن الضربَ على موضع واحد يعظم ألمه بالموالاة وقد يؤدي إلى الهلاك (المغني ج٤/٢٣٦ مع زيادة)، (**ويتوقى المقاتل**) وهي المواضع التي يسرع القتل إليه بضربه فيها كالصلب والفرج ونقرة النحر ونحوها (النجم ج٩/٢٣٤). وظاهر كلامهم كما قال الأذرعي أن ذلك واجب لأنَّ القصد ردعه لا قتله فلو ضربه على مقتل فمات ففي ضمانه وجهان وقضية كلام الدارمي ترجيح نفي الضمان (المغني ج٤/٢٣٦) (**والوجه**) لما روى مسلم أن النبي صَلَّىاللَّهُعَلَيهِوَسَلَّمَ، قال (إذا ضرب أحدكم فليتق الوجه) لأنه يجمع المحاسن وأثر الشين يعظم فيه، بل اتقاء الوجه مطلوب في ضرب كل حيوان (النجم ج٩/٢٣٤).

وفي قول يتوقى الرأس لشرفه ولأنَّه يخاف من ضربه نزول الماء في العين، وزوال العقل وغير ذلك من الآفات وبهذا جزم جماعة من الأصحاب وصححه القاضي أبو الطيب، وفي وجه لا يتوقى الرأس وصححه الشيخان (شرح التنبيه ج٢/٨٥٣)، واحتج لعدم اتقاء الرأس بما روى ابن أبي شيبة عن أبي بكر رَضِيَاللَّهُعَنهُ أنه قال للجلاد: (اضرب الرأس فإنَّ الشيطان فيه) (النجم ج٩/٢٣٤).

(**ويضرب الرجل قائماً والمرأة جالسة مستورة**) وتلف عليها أثوابها ويتولى لف ثيابها امرأة.

فإن كان نحيفاً أو مريضاً لا يرجى برؤه جلد بعثكال النخل وأطراف الثياب وإن كان الحد رجماً رجم ولو في حر أو برد أو مرض مرجو الزوال

قال الماوردي وإذا كان المحدود متهافتاً على ارتكاب المعاصي ضربه في الملأ وإن كان من ذوي الهيئات ضربه في الخلوات (النجم ج٩/٢٣٥).

(**فإن كان**) المجلود (**نحيفاً**) جلد ولا يؤخر إذ لا غاية له تنتظر (المغني ج٤/١٩٠).

(**أو مريضاً**) مرضاً (**لا يرجى برؤه**) منه لزمانة (**جلد**) لكن لا بسوط لئلا يهلك (المغني ج٤/١٩٠) بل (**بعثكال النخل**) وهو الذي يكون فيه البلح بمنزلة العنقود من الكرم بأن يكون عليه مائة غصن من الشماريخ يضربه مرة إذا كان حراً، لما رواه أبو داود عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف أنه أخبره بعض الصحابة أن رجلاً منهم اشتكى حتى أضنى فعاد جلده على عظمه فوقع على جارية لبعضهم فأمر النبي ﷺ أن يأخذوا له شمراخاً فيضربوه بها ضربة واحدة، فإن كان العثكال عليه خمسون غصناً ضرب به مرتين لتكمل المائة وإن كان رقيقاً ضرب مرة واحدة بشرط أن تمسه الأغصان كلها أو ينكس بعضها على بعض ليناله بعض الألم لئلا تبطل حكمة الحد فإذا انتفى ذلك أو شك فيه لم يسقط الحد (المغني ج٤/١٩٠ بتصرف).

(**و**) لا يتعين العثكال بل يضرب به أو بالنعال أو بـ (**أطراف الثياب**) كما صرح به في أصل الروضة وإن نازع البلقيني في الضرب بالنعال (المغني ج٤/١٩٠).

(**وإن كان الحد رجماً رجم ولو في حر أو برد**) مفرطين (**أو مرض مرجو الزوال**) سواء أثبت زناه ببينة أم بإقرار (المغني ج٤/١٩٠)، لأنَّ نفسه مستوفاة

ولا ترجم الحامل حتى تضع ويستغني الولد بلبن غيرها وللسيد أن يقيم الحد على رقيقه.

الشرح

بكل تقدير (التحفة ج٩/١١٨)، **(ولا ترجم الحامل)** ولا يقطع طرف منها **(حتى تضع)** بالإجماع في النفس وأما في الطرف فحذراً من إجهاض الجنين وتحبس مدة الحمل (شرح التنبيه ج٢/٧٧٦)، **(ويستغني الولد بلبن غيرها)** أو فطام حولين.

(وللسيد) بنفسه أو نائبه إذا كان عالماً بقدر الحد وكيفيته وإن لم يأذن له الإمام **(أن يقيم الحد على رقيقه)** لخبر أبي داود «أقيمو الحدود على ما ملكت أيمانكم» وفي خبر الصحيحين «إذا زنت أمة أحدكم فليحدها ولا يثرب عليها» بالمثلثة أي لا يوبخها ولا يعيرها، وقيل لا يبالغ في جلدها حتى يدميها، ويسن للسيد أن يبيع الأمة إذا زنت ثالثة لخبر ورد بذلك ويجب عليه أن يبين ذلك لمشتريها (المغني ج٤/١٨٧ - ١٨٨).

[خَاتِمَةٌ]

للمقتول حداً أو غيره حكم موتى المسلمين من غسل وتكفين وصلاة وغيرها كتارك الصلاة إذا قتل ولأنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صلى على الجهنية وأمر بالصلاة على الغامدية ودفنها، وفي رواية صلى هو عليها أيضاً (المغني ج٤/١٩١).

** ** **

باب القذف

إذا قذف البالغ العاقل المختار..............................

الشرح

(باب القذف)

وهو بمعجمه لغة: الرمي، والمراد به هنا الرمي بالزنا في معرض التعيير، وهو من الكبائر الموبقات ففي الحديث «من السبع الموبقات قذف المحصنات» سواء في ذلك الرجل والمرأة، روى أنَّ النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «قذف المحصنة يحبط عمل مائة سنة».

والحد شرعاً عقوبة مقدرة وجب حقا لله تعالى كما في الزنا أو لآدمي كما في القذف، وسميت الحدود حدوداً لأنَّ الله تعالى حدها وقدرها فلا يجوز أن يتجاوزها.

قال الله تعالى: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ﴾ وقيل سميت بذلك لأن الحد في اللغة: المنع، وهي تمنع من الإقدام على الفواحش، والأصل في الباب قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ﴾ الآية.

وصحَّ أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما نزلت براءة عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا جلد من قذفها، والحكمة في وجوب الحد بالقذف دون التساب بالكفر أنَّ المسبوب بالكفر قادر على أن ينفي عنه ذلك بكلمة الشهادتين بخلاف الزاني فإنه لا يقدر على نفي الزنا عنه (المغني ج٤/١٩٢). وللقاذف شروط ذكرها المصنف بقوله **(إذا قذف البالغ العاقل)** فلا حد على صبي ومجنون لرفع القلم عنهما وعدم حصول الإيذاء بقذفهما، **(المختار)** فلا حد على مكره بفتح الراء في القذف لعدم قصد الإيذاء بذلك، وأما المكره بكسر الراء فلا حد عليه أيضاً على الأصح، والفرق بينه وبين القتل أنَّه يمكن جعل يد المكره كالآلة بأن يأخذ يده فيقتل بها ولا يمكن أن يأخذ

وهو مسلم أو ذمي أو مرتد أو مستأمن محصناً ليس بولد له بالزنا أو اللوط بالصريح أو بالكناية مع النية لزمه الحد والمحصن هنا هو البالغ العاقل الحر المسلم العفيف فيجلد الحر ثمانين والعبد أربعين

الشرح

لسان غيره فيقذف به، ويقبل دعواه الإكراه إن دلت قرينة عليه (البجيرمي على الخطيب ج٤/١٨٢). (**وهو مسلم أو ذمي أو مرتد أو مستأمن**) ذكراً كان القاذف أو أنثى (**محصناً**) وسيأتي بيانه (**ليس بولد له**) أو ولد ولد وإن سفل، وأما لو كان المقذوف ولداً للقاذف فلا حد على القاذف كما لا يقتل به، وكما لا يحد بقذف الولد لا يحد بقذف من يرثه الولد كما لو قذف امرأة لولده منها ولد ثم ماتت لأنَّه لما لم يثبت له ابتداء لم يثبت له انتهاء كالقصاص (النجم ج٩/١٣٩).

(**بالزنا**) كقوله لرجل أو امرأة زنيت، أو يا زاني أو يا زانية. (**أو اللوط**) كقوله يا لائط (**بالصريح**) وستأتي ألفاظه (**أو بالكناية مع النية**) وستأتي ألفاظه أيضاً (**لزمه الحد**) الآتي بيانه (**والمحصن هنا هو البالغ العاقل الحر المسلم العفيف**) عن الزنا وعن وطء زوجته في دبرها وعن وطء محرمه المملوكة له، فلا يجب الحد على من قذف صغيراً أو مجنوناً أو كافراً أو عبداً أو زانياً ولو مرة واحدة ولو تاب وصار ولياً لله تعالى وما ورد من أن (التائب من الذنب كمن لا ذنب له) فإنما هو بالنظر لأمور الآخرة (الياقوت ص١٨٥ بتصرف). (**فيجلد الحر ثمانين**) جلدة لآية ﴿فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ﴾ إذْ المراد فيها الأحرار لقوله تعالى فيها ﴿وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗا﴾ لأنَّ العبد لا تقبل شهادته وإن لم يقذف (المغني ج٤/١٩٣).

(**والعبد**) سواء كان مكاتباً أو مدبراً أو أم ولد أو مبعضاً يجلد (**أربعين**) جلدة على النصف من الحر بالإجماع، وهذا من أمثلة تخصيص القرآن بالإجماع (المغني ج٤/١٩٣).

فالصريح: زنيت أو لطت أو زنى فرجك ونحوه والكناية نحو: يا فاجر يا خبيث فإن نوى به القذف حد وإلا فلا والقول قول القاذف في النية

الشرح

[تَنْبِيهٌ]: محل كون حده أربعين إذا قذف في حال رقه، فلو قذف وهو حر ملتزم ثم التحق بدار الحرب واسترق فحده ثمانون اعتباراً بحال القذف (المغني ج٤/١٩٣).

(فالصريح: زنيت أو لطت أو زنى فرجك ونحوه) كيازاني أو يا زانية **(والكناية نحو: يا فاجر يا خبيث)** يا فاسق هذا كله للرجل وللمرأة يا فاسقة، يا خبيثة، يا فاجرة أنت لا تردين يد لامس، أو أنت تحبين الخلوة، واختلف في قول شخص لآخر يا لوطي هل هو صريح أو كناية لاحتمال أن يريد أنه على دين قوم لوط، والمعتمد أنه صريح عند الشيخ بن حجر كناية عند الشيخ الخطيب والرملي (التحفة مع ع ب ج٨/٢٠٤ ـ ٢٠٥). وخرج بالصريح والكناية التعريض كقوله لغيره في خصومة أو غيرها: يا بن الحلال، وأمَّا أنا لست بزان ونحوه كليست أمي بزانية، وما أحسن اسمك في الجيران فليس ذلك بقذف صريح ولا كناية وإن نواه لأنَّ النية إنما تؤثر إذا احتمل اللفظ المنوي وها هنا ليس في اللفظ إشعار به؛ وإنما يفهم بقرائن الأحوال فلا يؤثر فيه، فاللفظ الذي يقصد به القذف إن لم يحتمل غيره فصريح وإلا فإن فهم منه القذف بوضعه فكناية وإلا فتعريض (الإقناع ج٤/١٨١ - ١٨٢).

(فإن نوى به القذف حد وإلا) إن لم ينو **(فلا)** يحد لأنَّ هذا شأن الكنايات **(والقول قول القاذف في النية)** لأنَّه أعرف بمراده فيحلف أنَّه ما أراد قذفه، قاله الماوردي ثم عليه التعزير للإيذاء نص عليه الشافعي وجرى عليه الجمهور، وقيده الماوردي بما إذا خرج لفظه مخرج السب والذم وإلا فلا تعزير

وإن قالت أنت أزنى الناس أو أزنى من فلان فهو كناية أو فلان زان وأنت أزنى منه فصريح وإن قذف جماعة يمتنع أن يكونوا كلهم زناة كقوله أهل مصر كلهم زناة عزر وإن لم يمتنع كقوله بنو فلان زناة لزمه لكل واحد حد ولو قذفه بزنيتين لزمه حد واحد وإن قذفه ....

الشرح

وإذا عرضت عليه اليمين فليس له الحلف كاذباً دفعا للحد وتحرزاً من إتمام الإيذاء بل يلزمه الاعتراف بالقذف ليحد أو يعفى عنه كالقاتل لغيره خفية لأن الخروج من مظالم العباد واجب (المغني ج٣/٤٦٩).

(**وإن قالت أنت أزنى الناس أو أزنى من فلان فهو كناية**) كذا نص عليه الشافعي والأصحاب وخالفهم صاحب (الحاوي) فقال الصحيح أنه قذف صريح، وأما الجمهور فقالوا: هذا ظاهره نسبة الناس كلهم إلى الزنا وأنه أكثر زنا منهم وهذا متيقن البطلان، قالوا: فلو فسر وقال: أردت ذلك لم يكن قذفاً لتحقق كذبه، (**أو فلان زان وأنت أزنى منه فصريح**) في القذف فيجب على القاذف حدان لهما. (**وإن قذف جماعة يمتنع أن يكونوا كلهم زناة كقوله أهل مصر كلهم**) أو بغداد مثلاً أو غيرهم (**زناة عزر**) ولا يحد لأنَّ الحد لنفي العار ولا عار عليهم للقطع بكذبه (شرح التنبيه ج٢/٨٥٨). (**وإن لم يمتنع**) كونهم كلهم زناة (**كقوله بنو فلان زناة لزمه لكل واحد حد**) على الجديد، وفي القديم يكفي حد واحد كما لو زنا بنسوة فإنه يحد حداً واحداً (شرح التنبيه ج٢/٨٥٨)، وهذا إذا قذف الكل بكلمة واحدة كما مثل المصنف رحمه الله، فإن كان بكلمات بأن قال لكل واحد منهم زنيت وجب لكل واحد منهم حدٌّ اتفاقاً (شرح التنبيه ج٢/٨٥٨).

(**ولو قذفه بزنيتين**) كقوله: زنيت بهند وزينب بعمرة (**لزمه حد واحد**) كما لو تكرر زناه ولم يحد يلزمه حد واحد (شرح التنبيه ج٢/٨٥٨)، (**وإن قذفه**

فحد ثم قذفه ثانياً بذلك الزنا أو بغيره عزر فقط ولو قذف محصناً فلم يحد حتى زنى المحصن سقط الحد ولا يستوفى إلا بحضرة الحاكم وبمطالبة المقذوف فإن عفا سقط وإن مات انتقل حقه لوارثه ....

الشرح

فحد ثم قذفه ثانياً بذلك الزنا أو بغيره عزر فقط) للإيذاء، (ولو قذف محصناً فلم يحد حتى زنى المحصن سقط الحد) عن قاذفه لأنَّ الإحصان لا يستيقن بل يظن وظهور الزنا يخلصه كالشاهد ظاهره العدالة شهد بشيء ثم ظهر فسقه قبل الحكم، ولو ارتد لم يسقط الحد عن قاذفه والفرق بين الردة والزنا أنه يكتم ما أمكن فإذا ظهر أشعر بسبق مثله، لأنَّ الله كريم لا يهتك الستر أول مرة كما قاله عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ والردة عقيدة والعقائد لا تخفى غالباً فإظهارها لا يدل على سبق الإخفاء وكالردة السرقة والقتل لأن ما صدر منه ليس من جنس ما قُذف به (المغني ج٣/٤٧٣). (ولا يستوفى) حد القذف (إلا بحضرة الحاكم) لأنَّه يحتاج إلى اجتهاد بل لو استقل المقذوف بالاستيفاء للحد ولو بإذن الإمام لم يقع الموقع، نعم لو تعذر عليه الرفع إلى السلطان استوفاه إن أمكن مع رعاية المشروع له ولو باليد كما قاله الأذرعي (وبمطالبة المقذوف) له لأنه محض حقه كالقصاص (شرح التنبيه ج٢/٨٥٩)، (فإن عفا) المقذوف عن جميع الحد (سقط) لأنَّ الحق له ولا يُستوفى إلا بإذنه وقد عفا عنه، وخرج بجميع الحد ما لو عفا عن بعضه لم يسقط منه شيء كما ذكره الرافعي في الشفعة (المغني ج٣/٤٧٣).

(وإن مات) المقذوف (انتقل حقه لوارثه) أي إلى جميع الورثة كسائر الحقوق، وقيل ينتقل إلى من يرث بنسب دون سبب وهو الزوجان لأن الحد وجب لدفع العار ولا عار على الزوجين وقيل ينتقل إلى العصبات خاصة وهم الذكور لأنَّهم أخص بدخول العار عليهم كما اختصوا لأجل ذلك بولاية النكاح

ولو قال لرجل اقذفني فقذفه لم يحد ولو قذف عبداً ثبت له التعزير.

الشرح

والمذهب الأول (التنبيه مع شرحه ج٢/٨٥٩ ـ ٨٦٠). ولو عفا بعض الورثة عن حقه مما ورثه من الحد فللباقين منهم استيفاء جميعه لأنَّه عار والعار يلزم الواحد كما يلزم الجميع، وفرق بينه وبين القود فإنه إذا عفا بعض الورثة سقط بأنَّ له بدلا يعدل إليه وهو الدية بخلافه (الإقناع ج٤/١٨٥).

(**ولو قال لرجل اقذفني فقذفه لم يحد**) كما لو قال اقطع يدي فقطعها، وقيل يجب الحد لأنَّ العار يلحق العشيرة فالإذن فيه لا يؤثر في حقهم (شرح التنبيه ج٢/٨٥٩)، (**ولو قذف عبداً ثبت له التعزير**) دون سيده فإن مات فهل يستوفيه سيده أو عصبته الأحرار أو السلطان وجوه أصحها أولها لأنَّ السيد أخص به (المغني ج٣/٤٨٤).

[خَاتِمَةٌ]

إذا سب إنسان إنسانا جاز للمسبوب أن يسب الساب بقدر ما سبه لقوله: ﴿ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثۡلُهَا ﴾ ولا يجوز له أن يسب أباه ولا أمه.

روي أن زينب لما سبت عائشة قال لها النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ: (سبيها)، كذا رواه أبو داود وفي سنن ابن ماجة (دونك فانتصري) فأقبلت عليها حتى يبس ريقها في فيها، فتهلل وجه النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ، وإنما يجوز السب بما ليس كذباً ولا قذفاً، كقوله: يا ظالم يا أحمق، لأن أحداً لا يكاد ينفك عن ذلك وإذا انتصر بسبه فقد استوفى ظلامته وبرئ الأول من حقه وبقي عليه إثم الابتداء والإثم لحق الله.

وقيل: يرتفع جميع الإثم بانتصاره (النجم ج٩/١٤٦). والله تعالى أعلم.

** ** **

باب السرقة

إذا سرق البالغ العاقل المختار وهو مسلم أو ذمي أو مرتد نصاباً من المال

الشرح

(باب السرقة)

هي بفتح فكسر أو فتح أو كسر فسكون لغة: أخذ الشيء خفية، وشرعاً: أخذ مال خفية من حرز مثله. والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع.

ولما شكك الملحد المعري بقوله:

يـد بخمـس مئين عسـجد وديـت ... مـا بالهـا قطعـت فـي ربـع دينـار

أجابه القاضي عبد الوهاب المالكي بجواب بديع مختصر وهو قوله:

وقايـة الـنفس أغلاهـا وأرخصـها ... وقايـة المـال فـافهم حكمـة البـاري

أي لو وديت بالقليل لكثرت الجنايات على الأطراف المؤدية لإزهاق النفوس لسهولة الغرم في مقابلتها.

ولو لم يقطع إلا في الكثير لكثرت الجنايات على الأموال، وأجاب ابن الجوزي بأنها لما كانت أمينة كانت ثمينة فلما خانت هانت (التحفة ج٩/١٢٤).

(إذا سرق البالغ العاقل المختار وهو مسلم أو ذمي أو مرتد نصاباً من المال) بشروطه الآتية وجب عليه القطع لقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾، بخلاف الصبي والمجنون والمكره لرفع القلم عنهم والحربي ومن أذن له المالك وذو شبهة لعذرهم.

نعم، يعزر المميز وأُلْحِقَ به كل مَنْ سقط عنه الحد لشبهة ولا يقطع مُكْرِه بالكسر لأن التسبب لا يقتضي حداً ومن ثم لو كان المكرَه بالفتح غير مميز أو أعجمياً يعتقد الطاعة كان آلة للمكرِه فيقطع فقط. ويقطع مسلم وذمي ولو سكران

وهو ربع دينار أو ما قيمته ربع دينار حال السرقة من حرز مثله ولا شبهة له فيه قطعت يده اليمنى فإن سرق ثانياً قطعت رجله اليسرى فإن عاد قطعت يده اليسرى فإن عاد قطعت رجله اليمنى ....

الشرح

بمال مسلم وذمي بخلاف المعاهد والمستأمن فلا يقطع بسرقة مال مسلم أو غيره كما لا يُحَدُّ إن زنى لأنه لم يلتزم الأحكام فأشبه الحربي (التحفة ج٩/١٥٠ باختصار).

(**وهو ربع دينار**) لحديث مسلم «لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعداً» (**أو**) سرق (**ما قيمته ربع دينار حال السرقة**) فإن سرق ما يساوي ربع دينار ثم نقصت قيمته بعد ذلك لم يسقط القطع (النجم ج٩/١٥١). ويشترط أن يكون المأخوذ (**من حرز مثله**) وسيأتي ضابط الحرز (**و**) كذا يشترط أن (**لا**) تكون (**شبهة له فيه**) أي للسارق وسيأتي محترزه، (**قطعت يده اليمنى**) قال تعالى: ﴿فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا﴾ وقرئ شاذاً (فاقطعوا أيمانهما)، والقراءة الشاذة كخبر الواحد في الاحتجاج بها ويكتفى بالقطع ولو كانت معيبة كفاقدة الأصابع أو زائدتها لعموم الآية. ولأن الغرض التنكيل بخلاف القود فإنَّه مبني على المماثلة كما مر أو سرق مراراً قبل قطعها لاتحاد السبب كما لو زنى أو شَرِبَ مراراً يكتفى بحد واحد، وكاليد اليمنى في ذلك غيرها كما هو ظاهر وانعقد الإجماع على قطعها (الإقناع ج٤/٢٠٦ إلى ٢٠٨)، (**فإن سرق ثانياً**) بعد قطع يمناه (**قطعت رجله اليسرى**) بعد اندمال يده اليمنى لئلا يفضي التوالي إلى الهلاك، وتقطع مِنْ المفصل الذي بين الساق والقدم للاتباع في ذلك (الإقناع ج٤/٢٠٦ - ٢٠٩)، (**فإن عاد**) بعد قطع رجله اليسرى (**قطعت يده اليسرى**) بعد اندمال رجلهِ اليسرى (**فإن عاد**) بعد قطع يده اليسرى (**قطعت رجله اليمنى**) بعد اندمال يده اليسرى، وإنما قطع من خلاف لما روى الشافعي: (أن السارق

فإن عاد عزر فإن لم تكن له يمين قطعت رجله اليسرى وإن كانت فلم تقطع حتى ذهبت سقط القطع وإذا قطع غمس المقطع بالزيت الحار .

الشرح

إنْ سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله ثم إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله) وحكمته لئلا يفوت جنس المنفعة عليه فتضعف حركته كما في قطع الطريق (الإقناع ج٤/٢٠٩).

(فإن عاد) بعد ذلك **(عزر)** على المشهور لأنَّه لم يبق في نكاله بعد ما ذكر إلا التعزير كما لو سقطت أطرافه أولاً (الإقناع ج٤/٢٠٩).

[تَنْبِيهٌ]: يندب خلع العضو المقطوع قبل قطعه تسهيلاً لقطعه ويندب أن يكون المقطوع جالساً وأن يضبط لئلا يتحرك وأن يعلق العضو في عنقه ساعة للزجر والتنكيل، اهـ مغني (٤/٢٢١).

(فإن لم تكن له يمين) أو كانت وهي شلاء، وقال أهل الخبرة متى قطعت لم تنسد عروقها **(قطعت رجله اليسرى)** وإن كانت له يمين بلا أصابع قطع الكف لأنَّه بقي ما يمكن قطعه فلم يعدل إلى ما بعده (شرح التنبيه ج٢/٨٦٧).

(وإن كانت) يمينه موجودة **(فلم تقطع حتى ذهبت)** أي سقطت يمينه مثلاً بآفة سماوية أو غيرها كأن قطعت في قصاص **(سقط القطع)** في اليد الساقطة ولا يعدل إلى الرجل لأنَّ القطع تعلق بعينها فسقط بفواتها كموت المرتد وكذا لو شلت بعد السرقة وخيف من قطعها تلف النفس كما قاله القاضي حسين بخلاف مَنْ لا يمين له فإنَّ رجله تقطع (المغني ج٤/٢٢٢).

(وإذا قطع) السارق **(غمس المقطع)** ندباً **(بالزيت)** أو بالدهن **(الحار)** أي المغلي لتنسد أفواه العروق لينقطع الدم، وخص الماوردي غمسه بالزيت أو بالدهن بالحضري، قال وأما البدوي فيحسم بالنار لأنه عادتهم (شرح المنهج

ج٥/١٥٢ بتصرف).

[تَنْبِيْهٌ]: الأصح أنَّ الغمس المذكور حق للمقطوع لأنَّ الغرض المعالجة ودفع الهلاك بنزف الدم فمؤنته عليه كأجرة الجلاد فللإمام إهماله ولايجبر المقطوع عليه بل يستحب له.

ويندب للإمام الأمر به عقب القطع ولا يفعله إلا بإذن المقطوع لأنه نوع مداواة، نعم لو كان إهماله يؤدي إلى تلف لتعذر فعل ذلك من المقطوع بإغماء أو جنون أو نحو ذلك لم يجز إهماله كما قاله البلقيني وغيره (المغني ج٤/٢٢١). **(فإن سرق دون النصاب)** هذا محترز قوله نصاباً لم تقطع يده لحديث مسلم «لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعداً». **(أو)** سرق **(من غير حرز)** هذا محترز قوله من حرز مثله وسيأتي ضابط الحرز، **(أو)** سرق **(ما)** أي الذي **(له)** فيه **(شبهة كمال بيت المال)** وهو مسلم وإن كان غنياً لأنَّ له فيه حقاً لأن ذلك قد يصرف في عمارة المساجد والرباطات والقناطير فينتفع بها الغني والفقير من المسلمين لأنَّ ذلك مختص بهم بخلاف الذمي فيقطع بذلك ولا نظر إلى انفاق الإمام عليه عند الحاجة لأنه إنما ينفق عليه للضرورة وبشرط الضمان كما في الانفاق على المضطر وانتفاعه بالقناطير والرباطات للتبعية مِنْ حيث أنه قاطن ببلاد الإسلام لا لاختصاصه بحق (المغني ج٤/٢٠٢).

[تَنْبِيْهٌ]: محل عدم القطع بسرقة بيت المال إن كان له حق في المسروق كمال مصالح وإن كان غنياً أو مال صدقة وهو فقير أو غارم لذات البين أو غازٍ، أما إذا لم يكن له فيه حق كأن أفرز لطائفة كذوي القربى والمساكين وليس هو منهم قطع إذْ لا شبهة له في ذلك اهـ (ملخصاً من المغني ج٤/٢٠٢).

ومال ابنه أو أبيه أو مال مالكه لم يقطع وحرز كل شيء بحسبه ويختلف باختلاف المال والبلاد وعدل السلطان وجوره وقوته وضعفه ....

الشرح

(**ومال ابنه أو أبيه**) لشبهة الحق في المال، وفي الحديث الحسن «أنت ومالك لأبيك» والأجداد والجدات من كل جهة كالأب والأم سواء اتفق دينهما أو اختلف.

وقال أبو ثور: يقطع كل منهما بسرقة مال الآخر لعموم الآية.

وعن مالك: أنه يقطع الولد بسرقة مال الأبوين بخلاف العكس كالقصاص.

(وخرج بالابن أو أبيه) ما عداهما كالإخوة وغيرهم فإنه يقطع بسرقة مالهم خلافاً لأبي حنيفة (النجم ج٩/١٥٨).

(**أو**) سرق العبد (**مال مالكه لم يقطع**) بالإجماع كما حكاه ابن المنذر لشبهة استحقاق النفقة ويده كيد سيده والمبعض كالقن وكذا المكاتب لأنه قد يعجز فيصير كما كان (المغني ج٤/٢٠١).

[قاعدة] من لا يقطع بمال لا يقطع به رقيقه فكما لا يقطع الأصل بسرقة مال الفرع وبالعكس لا يقطع رقيق أحدهما بسرقة مال الآخر ولا يقطع السيد بسرقة مال مكاتبه ولا بمال ما ملكه المبعض ببعضه الحر، كما جزم به الماوردي والشيخ أبو حامد وغيرهما ولأنَّ ما ملكه بالحرية في الحقيقة بجميع بدنه فصار شبهة وقيل يقطع به كمال الشريك بعد القسمة، ويحد زانٍ بأمة سيده إذ لا شبهة له في بضعها (المغني ج٤/٢٠١).

(**وحرز كل شيء بحسبه و**) لهذا (**يختلف**) الحرز (**باختلاف المال والبلاد وعدل السلطان وجوره وقوته وضعفه**) نظراً للعرف في ذلك وضبطه

فحرز الثياب والنقود والجواهر والحلي الصندوق المقفل وحرز الأمتعة الدكاكين المقفلة وثم حارس والدواب الأصطبل والأثاث صفة البيت بحسب العادة وحرز الكفن القبر.......................

الشرح

الغزالي بما لا يعد صاحبه مضيعاً.

وقال الماوردي: الأحراز تختلف من خمسة أوجه باختلاف نفاسة المال وخسته وباختلاف سعة البلد وكثرة دعاره وعكسه وباختلاف الوقت أمناً وعكسه وباختلاف السلطان عدلاً وغلظة على المفسدين وعكسه وباختلاف الليل والنهار وإحراز الليل أغلظ (المغني ج٤/٢٠٣).

(**فحرز الثياب**) النفيسة (**والنقود والجواهر والحلي الصندوق المقفل**) والبيوت المغلقة في الدور ونحوها كالمخازن، (**وحرز الأمتعة الدكاكين المقفلة وثم حارس**) في الليل أما في النهار إذا كانت مقفلة فلا يشترط حارس.

(**و**) حرز (**الدواب الأصطبل**) ولو كانت نفيسة كثيرة الثمن مهما كان الأصطبل متصلاً فلو كانَ منفصلاً عنها فلا بد من اللحاظ (النجم ج٩/١٦٣)، (**و**) حرز (**الأثاث**) وفي نسخة الأواني وعليها شرح السيد عمر بن محمد بركات (**صفة البيت**) وعرصتها، (**بحسب العادة**) هذا لغير نحو السكان لقضاء العرف بذلك أما السكان ونحوهم فليست حرزاً في حقهم؛ والمراد بالعرصة: صحن الدار. (**وحرز الكفن**) المشروع (**القبر**) سواء أكان الكفن من مال الميت أو غيره ولو بيت المال وإنما قطع وإن كان من بيت المال لانقطاع الشركة عنه بصرفه إلى الميت كما لو صرفه إلى الحي، هذا في الكفن المشروع وهو خمسة أثواب أو ثلاثة فإن كفن في زائد على ذلك فليس الزائد محرزاً بالقبر كما لو وضع مع الكفن غيره إلا أن يكون القبر ببيت محرز فإنه محرز به، ولو تغالى في

ولو اشترك اثنان في إخراج النصاب فقط لم يقطع واحد منهما ولا يقطع الحر إلا الإمام أو نائبه ويقطع العبد سيده ولا قطع على من انتهب أو اختلس أو خان أو جحد.

الشرح

الكفن بحيث جرت العادة أن لا يخلى مثله بلا حارس لم يقطع سارقه كما قاله أبو الفرج الزاز (المغني ج٤/٢٠٩ ـ ٢١٠).

(**ولو اشترك اثنان في إخراج النصاب فقط**) لا غير (**لم يقطع واحد منهما**) لأنَّ كلا منهما لم يسرق إلا بعض نصاب وليس كالشركة في القتل حيث يجب القصاص عليهما لأنَّ مقصود القصاص وقاية الروح وَعن مالك وأحمد يقطعان (النجم ج٩/١٥٤).

[تَنْبِيهٌ]: لو قال المصنف بدلاً من قوله لم يقطع واحد منهما لم تقطع يدهما لكان أولى لئلا يوهم أن المراد نفي قطع واحد فقط فيصدق بإثباته للاثنين (إعانة الطالبين ج٤/١٥٩).

(**ولا يقطع الحر إلا الإمام أو نائبه**) كسائر الحدود (**ويقطع العبد**) الإمام أو (**سيده**) كما يجلده إذا زنى لعموم حديث «أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم» رواه أبو داود والنسائي، وقيل لا يقطعه سيده والفرق بين حد الزنا والقطع أن القطع أخطر والجلد من جنس التعزير الجائز له بكل حال (شرح التنبيه ج٢/٨٦٦). (**ولا قطع على من انتهب**) والمنتهب: هو من يأخذ عياناً ويعتمد على القوة والغلبة (**أو اختلس**) والمختلس هو من يعتمد الهرب من غير غلبة مع معاينة المالك، (**أو خان أو جحد**) وديعة وعارية لحديث: «ليس على المختلس والخائن قطع» صححه الترمذي وفرق من حيث المعنى بينهم وبين السارق بأن السارق يأخذ المال خفية ولا يتأتى منعه فشرع القطع زجراً له

وهؤلاء يقصدونه عياناً فيمكن منعهم بالسلطان وغيره كذا قاله الرافعي وغيره ولعل هذا حكم على الأغلب وإلا فالجاحد لا يقصد الآخذ عند جحوده عياناً فلا يمكن منعه بالسلطان ولا غيره (المغني ج٤/٢١٢).

[**تتمة**]: هل يثبت القطع في السرقة باليمين المردودة أو لا كأن يدعي على شخص سرقة نصاب فينكل عن اليمين فترد على المدعي فيحلف، جرى في المنهاج على أنَّه يثبت بها فيجب القطع لأنَّ اليمين المردودة كالإقرار أو البينة والقطع يجب بكل منهما والذي جزم به في الروضة كأصلها في الباب الثالث في اليمين من الدعاوي ومشى عليه في الحاوي الصغير هنا أنَّه لا يقطع بها وهو المعتمد لأنَّ القطع في السرقة حق الله تعالى، بل قال الأذرعي إنه المذهب والصواب الذي قطع به جمهور الأصحاب وهذا الخلاف بالنسبة إلى القطع، وأمَّا المال فيثبت قطعاً ويثبت قطع السرقة بإقرار السارق مؤاخذة له بقوله، ولا يشترط تكرار الإقرار كما في سائر الحقوق وذلك بشرطين:

(الأول) أن يكونْ بعد دعوى عليه فلو أقر قبلها لم يثبت القطع في الحال بل يوقف على حضور المالك وطلبه.

(والثاني) أن يفصل الإقرار فيبين السرقة والمسروق منه وقدر المسروق والحرز بتعيين أو وصف بخلاف ما إذا لم يبين ذلك لأنه قد يظن غير السرقة الموجبة للقطع سرقة موجبة له (الإقناع ج٤/٢٠٩ ـ ٢١٠)، وتثبت أيضاً بشهادة رجلين كسائر العقوبات غير الزنا فلو شهد رجل وامرأتان ثبت المال ولا قطع ويشترط ذكر الشاهد شروط السرقة الموجبة للقطع (الإقناع ج٤/٢١١). ويجب على السارق رد ما أخذه إن كان باقياً لخبر أبي داود «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» فإن تلف ضمنه ببدله جبراً لما فات، وبمذهبنا قال أحمد:

وقال أبو حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إن قطع لم يغرم وإن غرم لم يقطع، وقال مالك:

إن كان غنياً ضمن وإلا فلا، ولو أعاد المال المسروق إلى الحرز لم يسقط القطع ولا الضمان عنه، وقال أبو حنيفة: يسقطان.

وعن مالك: لا ضمان ويقطع كذا في (البحر) ولو قيل بعكس هذا لكان مذهباً لدرء الحدود بالشبهات (النجم ج٩/١٩٢ ـ ١٩٣).

** ** **

فصل في حد قاطع الطريق

من شهر السلاح وأخاف السبيل وجب على الإمام طلبه، فإن وقع قبل جناية عزر ....

الشرح

(فصل في حد قاطع الطريق)

الأصل فيه آية ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِى ٱلْأَرْضِ فَسَادًا﴾ الآية، قال عامة الفقهاء نزلت في قطاع الطريق من المسلمين وغيرهم، وفي سنن أبي داود أنها نزلت في العرنيين، وحديثهم في الصحيحين، وفي النسائي أنها نزلت في المحاربين من الكفار لأن محاربة الله والرسول إنما تكون منهم، والأول أصح لقوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْ﴾ ولو كان المراد الكفار لم يسقط عنهم القتل وإن تابوا بعد القدرة، والمحاربة لله ولرسوله قد تكون من المسلمين، قال تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَفْعَلُواْ فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ﴾، وقال صلى الله عليه وسلم قال الله تعالى: «من آذى لي ولياً فقد آذنته بالمحاربة» وانعقد الإجماع على أصل حدهم (النجم ج٩/٢٠٢ ـ ٢٠٣).

(من شهر السلاح وأخاف السبيل) في مصر أو غيره **(وجب على الإمام طلبه)** لأنَّه إذا ترك قويت شوكته وكثر فسادُه (شرح التنبيه ج٢/٨٦٨).

(فإن وقع) في قبضة الإمام **(قبل جناية)** أي قبل أن يأخذ المال ويقتل **(عزر)** بحبس وغيره لأنه تعرض للدخول في معصية عظيمة فيعزره على ذلك كما يعزر على مقدمات الزنا والشرب والسرقة وهذا تفسير النفي في الآية الكريمة، والأمر في جنس التعزير وقدره راجع إلى الإمام، وقيل يتعين الحبس، وإذا أراد حبسهم قال ابن سريج الأولى حبسهم في غير موضعهم لأنه أحوط وأبلغ في الزجر والإيحاش (النجم ج٩/٢٠٥).

وإن سرق نصاباً بشرطه قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى وإن قتل قتل حتماً وإن عفا ولي الدم ....

الشرح

(**وإن سرق نصاباً بشرطه**) وهو أن يكون من حرز مثله ولا شبهة له فيه (**قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى**)، قال تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِ﴾.

قال ابن عباس: «إذا قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا، وإذا قتلوا ولم يأخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا، وإذا أخذوا المال ولم يقتلوا قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف» وهذا من ابن عباس إما بتوقيف أو لغة وكلاهما حجة لا سيما وهو ترجمان القرآن (النجم ج٩/٢٠٦)

والحرز هنا: أن يكون مع مالكه أو بحيث يراه ويقدر أن يدفع عنه من ليس يغالب فلو كان المال تسير به الدواب بلا حافظ أو كانت الجمال مقطورة ولم تتعهد أو كان المأخوذ غير نصاب فلا قطع في الأصح، فإذا كان يده اليمنى ورجله اليسرى مفقودتين عند المحاربة نزل ذلك منزلة أخذه المال مرة ثانية فتقطع يده اليسرى ورجله اليمنى، فلو كانت يمناه أو رجله اليسرى مفقودة فالأصح الاكتفاء بالموجودة، وفي معنى الفقد أن تكون شلاء لا تنحسم عروقها لو قطعت.

قال في أصل الروضة: ويحسم موضع القطع كما في السارق ويجوز أن يحسم اليد ثم تقطع الرجل، وأن تقطعا ثم يحسما.

(**وإن قتل**) معصوماً مكافئاً له عمداً ولم يأخذ مالاً (المغني ج٤/٢٢٥)، (**قتل حتماً وإن عفا ولي الدم**) لأنَّه ضم إلى جنايته إخافة السبيل المقتضية زيادة

وإن سرق وقتل قتل ثم صلب ثلاثة أيام وإن جرح أو قطع طرفاً اقتص منه من غير تحتم.

الشرح

العقوبة ولا زيادة هنا إلا بالتحتم.

ومعنى تحتمه أنَّه لا يسقط بعفو الولي ولا بعفو السلطان عمن لا وارث له ويستوفيه الإمام لأنَّه حد من حدود الله تعالى (المغني ج٤/٢٢٥).

ثم بعد القتل يدفع إلى أهله ليغسلوه ويصلوا عليه؛ وقال أبو حنيفة: لا يغسل ولا يكفن ولا يصلى عليه كالباغي.

أمَّا إذا قتل خطأً أو شبه عمد فإنه لا يقتل وحكم الدية كما في غير المحاربة، ولو قتل معصوماً لا يكافئه عمداً لم يقتل به في الأصح (النجم ج٩/٢٠٧ ـ ٢٠٨).

[فرع] قاطع الطريق هل يقتل قصاصاً أم حداً ويترتب على هذين القولين حكمان: فإن قلنا حداً فلو سامحه ولي القتيل لا تفيده المسامحة بل يقتل، وإن قلنا يقتل قصاصاً يسقط عنه القتل بالمسامحة اهـ. (شرح الياقوت ج٣/٢٤١).

(وإن سرق) النصاب **(وقتل)** قتلاً يوجب القود **(قتل)** بلا قطع ثم غسل ثم كفن ثم صلى عليه **(ثم صلب)** معترضاً على نحو خشبة ولا يقدم الصلب على القتل لأنه زيادة تعذيب وقد نهى عن تعذيب الحيوان (التحفة ج٩/١٦٠ والمغني ج٤/٢٢٦)، قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «إذا قتلتم فأحسنوا القتلة» **(ثلاثة أيام)** بلياليها وجوباً ليشتهر الحال ويتم النكال ثم ينزل إن لم يخف تغيره قبلها وإلا نزل حينئذ (التحفة ج٩/١٦١).

(وإن جرح) فاندمل **(أو قطع طرفاً اقتص منه)** للطرف والجرح إن أمكن كالموضحة **(من غير تحتم)** قصاص في الأظهر بل يتخير المجروح بين القود

والعفو على مال أو غيره لأنَّ التحتم تغليظ لحق الله تعالى فاختص بالنفس كالكفارة ولأنَّ الله تعالى لم يذكر الجراح في آية المحاربة فكان باقياً على أصله في غيرها ومحله إذا لم يسر إلى النفس فإن سرى تحتم القتل (المغني ج٤/٢٦٧ مع زيادة).

[خَاتِمَةٌ]

إذا اجتمعت على شخص عقوبات بعضها حق لله وبعضها حق للعباد قدم حق العباد على حق الله تعالى وإن كان ما لله أحق لبناء حقهم على المشاحة وحق الله تعالى على المسامحة فيقدم حد القذف على حد الشرب والزنا، ويقدم قتل القصاص على قتل الزنا وإن لم يجتمع حق الله تعالى مع حق الآدمي، بل تمحضت لله أو للعباد واختلفت في الخفة والغلظ قدم الأخف فمن زنى وشرب وسرق حد للشرب ثم الزنا ثم قطعت يده للسرقة ولا يوالي بينها لئلا يفضي إلى الهلاك، فإن لم تختلف خفةً وغلظاً قدم الأسبق فالأسبق كما إذا قذف جماعة على الترتيب فيحد للأول فالأول وكما لو قتل جماعة على الترتيب يقتل بالأول وللباقين الديات، وإذا لم يكن بعضها أسبق من بعض بأن وقعت معاً أو شك في المعية أو علم السبق ولم يعلم عين السابق أقرع وجوباً ومن خرجت قرعته استوفى وللباقين الديات.

قال في صفوة الزبد مع زوائدها:

وقاطع الطريق بالإرعاب	عزره والآخذ للنصاب
كف اليمين اقطع ورجل اليسرى	فإن يعد كفاً ورجل الأخرى
إن يقتل أو يجرح بعمد ينحتم	قتل وبالأخذ مع القتل لزم
قتل فصلبه ثلاثة وإذ	يتوب قبل ظفر به حقن
وجوب حد لا حقوق آدمي	وغير قتل فرقن وقدم

حـــق العبـــاد فـــالأخف موقعـــاً فالأســـبق الأســـبق ثـــم أقرعـــا

وإن علـى شـخص حقـوق تجتمـع فـرق وجوبـاً حيـث لا قتـل تبـع

كحـــد قـــذف مـــع قطـــع مـــثلاً لاثنـين إذ يخشـى هـلاك بـالولاء

أمـــا مـــع القتـــل الـــولا لزمـــا وغيـــر قتـــل فعليـــه قـــدما

وإن يكـــن بعـــض حقـــوق آدمـــي والـــبعض لله فـــذاك قـــدّم

إذ حـــق مولانـــا علـــى المســـامحة يبنـــى وحقهـــم علـــى المناجحـــة

كقـــذف جمـــع مـــع ترتيـــب وإذ لـــم يـــك ترتيـــب فبـــالقرع أخـــذ

والله أعلم

** ** **

فصل في حد شارب المسكر من خمر وغيره

كل شراب أسكر كثيره حرم قليله وكثيره خمراً كان أو نبيذاً أو غيرهما فمن شرب وهو بالغ عاقل مسلم ....

الشرح

(فصل في حد شارب المسكر من خمر وغيره)

وشربه من كبائر المحرمات والأصل في تحريمه، قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ﴾ الآية، وانعقد الاجماع على تحريم الخمر وكان المسلمون يشربونها في صدر الإسلام، واختلف أصحابنا في أن ذلك كان استصحاباً منهم لحكم الجاهلية أو بشرع في إباحتها على وجهين رجح الماوردي الأول والنووي الثاني، وكان تحريمها في السنة الثانية من الهجرة بعد أحد. وقيل بل كان المباح الشرب لا ما ينتهي إلى السكر المزيل للعقل فإنه حرام في كل ملة حكاه القشيري في تفسيره عن القفال الشاشي قال النووي في شرح مسلم وهو باطل لا أصل له والخمر المسكر من عصير العنب واختلف أصحابنا في وقوع اسم الخمر على الأنبذة هل هو حقيقة؟ قال المزني وجماعة: نعم لأن الاشتراك بالصفة يقتضي الاشتراك في الاسم وهو قياس في اللغة وهو جائز عند الأكثرين وهو ظاهر الأحاديث ونسب الرافعي إلى الأكثر أنه لا يقع عليها إلا مجازاً أما في التحريم والحد فكالخمر (الإقناع ج٤/١٨٥ ـ ١٨٧). **(كل شراب أسكر كثيره حرم قليله وكثيره)** وحد شاربه لما في الصحيحين عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنَّه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال «كل شرب أسكر فهو حرام» وروى مسلم خبر «كل مسكر خمر وكل خمر حرام» وإنما حرم القليل وحد شاربه وإن كان لا يسكر حسماً لمادة الفساد كما حرم تقبيل الأجنبية والخلوة بها لإفضائه إلى الوطء المحرم (المغني ج٤/٢٣٢). **(خمراً)** وهي المتخذة من عصير العنب **(كان أو نبيذاً أو غيرهما)** من سائر الأشربة، **(فمن شرب وهو بالغ عاقل مسلم**

مختار عالم به وبتحريمه لزمه الحد وهو أربعون جلدة للحر وعشرون للعبد بالأيدي والنعال وأطراف الثياب ويجوز بالسوط ....

الشرح

مختار عالم به وبتحريمه لزمه الحد) لحديث «من شرب الخمر فاجلدوه» رواه الشافعي؛ فخرج بالشراب المفهوم من شرب النبات، قال الدميري كالحشيشة التي يأكلها الحرافيش، ونقل الشيخان في باب الأطعمة عن الروياني أنَّ أكلها حرام ولا حد فيها وبالبالغ العاقل الصبي والمجنون لرفع القلم عنهما وبالمسلم الحربي لعدم التزامه والذمي لأنَّه لا يلتزم بالذمة ما لا يعتقده وبالمختار المصبوب في حلقه قهراً والمكره على شربه لحديث «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» وبعالم به ما لو جهل كونها خمراً فشربها ظانا كونها شراباً لا يسكر وبتحريمه ما لو جهل التحريم فلا حد عليه في هذه المسائل، ولو قال: علمت تحريمها ولكن جهلت الحد بشربها حد لأنَّ من حقه إذا علم التحريم أن يمتنع (الإقناع ج٤/١٨٩ ـ ١٩٠).

(وهو أربعون جلدة للحر) ففي مسلم عن أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كان النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «يضرب في الخمر بالجريد والنعال أربعين» وعن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ جلد النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أربعين وجلد أبوبكر أربعين وعمر ثمانين وكل سنة وهذا أحب إليَّ (النجم ج٩/٢٢٩ مع زيادة)، **(وعشرون للعبد)** ولو مبعضاً لأنه حد يتبعض فتنصف على الرقيق كحد الزنا (الإقناع ج٤/١٨٨).

(بالأيدي والنعال وأطراف الثياب) بعد فتلها حتى تشتد لما روى الشيخان أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «كان يضرب بالجريد والنعال» وفي البخاري عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال «أتي النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بسكران فأمر بضربه فمنا من ضربه بيده ومنا من ضربه بنعله ومنا من ضربه بثوبه».

(ويجوز بالسوط) وهو كما قال ابن الصلاح المتخذ من جلد سيور يلوى

لكن إن مات بالسياط وجبت ديته فإن رأى أن يزيد في الحر إلى ثمانين وفي العبد إلى أربعين جاز لكن لو مات من الزيادة..............

الشرح

ويلف سمي بذلك لأنه يسوط اللحم بالدم أي يخلطه (**لكن إن مات**) المجلود (**بالسياط وجبت ديته**) أي تضمن بقدر ما زاد على ألم النعال إذ هو القدر الزائد على قدر الحد، قال الرافعي وهذا شيء لا يتأتى ضبطه، وقال الإمام: يقدر بينهما شيئاً بالتقريب والاجتهاد (شرح التنبيه ج٢/٧٨٠).

[تَنْبِيهٌ]: ما جرى عليه المصنف من وجوب الدية إن مات بالسياط هو مقابل المشهور في المنهاج والمعتمد عدم الضمان قال في المنهاج مع التحفة (ج٩/١٩٣) (ولو ضرب شارب) للخمر الحد (بنعال وثياب) فمات (فلا ضمان على الصحيح) بناء على جواز ذلك وهو الأصح كما مر (وكذا أربعون سوطا) ضربها فمات لا يضمن (على المشهور) لصحة الخبر بتقديره بذلك وأجمعت الصحابة عليه ومحل الخلاف إن منعناه بالسياط وإلا وهو الأصح لم يضمن قطعاً الخ اهـ.

(**فإن رأى**) الإمام (**أن يزيد في الحر إلى ثمانين**) جلدة (**جاز**) لما روي عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنَّه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى أي تكلم بالفحش وإذا هذى افترى أي قذف وحد الافتراء ثمانون، وروى البيهقي أن عمر رضي الله تعالى عنه «أتي بشيخ قد شرب الخمر في رمضان فضربه ثمانين ونفاه إلى الشام، وقال في شهر رمضان وشيخاً تتصابى».

قال وأتي علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بشيخ سكر في شهر رمضان فضربه ثمانين، ثم أخرجه من الغد وضربه عشرين ثم قال إنما ضربتك هذه العشرين لجراءتك على الله وإفطارك في شهر رمضان (المغني ج٤/٢٣٥).

(**وفي العبد إلى أربعين**) جلدة (**جاز**) لما تقدم (**لكن لو مات من الزيادة**)

ضمن بالقسط فلو ضربه إحدى وأربعين فمات ضمن جزءاً من أحد وأربعين جزءاً من ديته ومن زنى دفعات ولم يحد أجزأه لكل جنس حد واحد ومن وجب عليه حد وتاب منه لم يسقط ....

الشرح

عليها (ضمن) الإمام ديته (**بالقسط**) هذا على القول بأن الزيادات تعزيزات، أما عن القول بأنها حد فلا (**فلو ضربه إحدى وأربعين فمات ضمن جزءاً من أحد وأربعين جزءاً من ديته**) أي يوزع الضمان على عدد الضربات بخلاف الجراحات فرب جراحة لها غور لم تحصل من جراحات (شرح التنبيه ج٢/٨٧٠).

[تَنْبِيهٌ]: ما جرى عليه المصنف رحمه الله من لزوم الضمان إذا مات من الزيادة اعتمده العلامة ابن حجر في فتح الجواد وتردد في لزومه في التحفة واعتمد العلامة الرملي في نهايته عدم وجوب الضمان.

(**ومن زنى دفعات**) أو سرق دفعات أو شرب المسكر دفعات (**ولم يحد أجزأه لكل جنس حد واحد**) لأنَّ سببها واحد فتداخلت (المغني ج٤/٢٣٠)، ولو أقيم عليه بعض الحد فارتكب الجريمة ثانياً دخل الباقي في الحد الثاني وإذا زنى فجلد ثم زنى قبل التغريب جلد ثانياً وكفاه تغريب واحد؛ ولو جلد خمسين فزنى ثانياً جلد مائة وغرب ودخل في المائة الخمسون الباقية (النجم ج٩/٢١٧).

(**ومن وجب عليه حد**) لله تعالى كحد سرقة وزنا وشرب مسكر (**وتاب منه لم يسقط**) في الأظهر لأنَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما جاءه ماعز وأقر بالزنا حده ولا شك أنَّه لم يأته إلا وهو تائب ومقابل الأظهر تسقط الحدود بالتوبة وأطال جمع كأبي إسحاق الشيرازي في المهذب والماوردي والبندنيجي في الانتصار له بالآيات والأحاديث الدالة على أنَّ التوبة ترفع الذنوب من أصلها نعم تارك الصلاة يسقط حده بالتوبة على الأظهر ومقابله وكذا يسقط الحد عن ذمي زنا ثم

إلا حد قاطع الطريق إذا تاب قبل القدرة فيسقط جميع حده ولا يجوز شرب المسكر في حال من الأحوال لا للتداوي ولا للعطش إلا أن يغص بلقمة ولا يجد ما يسيغها به فيجب.

الشرح

أسلم عند الشيخ ابن حجر خلافاً للرملي (التحفة مع ع ب ج٩/١٦٤ بتصرف وشرح التنبيه ج٢/٨٧٢).

(إلا حد قاطع الطريق إذا تاب قبل القدرة) عليه **(فيسقط جميع حده)** الواجب لله تعالى من تحتم قتل ومن قطع ومن تعزير دون حق الآدمي كقود وضمان مال فلا يسقط إلا إذا عفا من له ذلك (فتح الجواد ج٢/٣١٥ بتصرف). **(ولا يجوز شرب المسكر)** الصرف **(في حال من الأحوال لا للتداوي ولا للعطش)** أما تحريم التداوي به «فلأنّه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما سئل عن التداوي بها قال إنه ليس بدواء ولكنه داء» وما دل عليه القرآن أنَّ فيها منافع للناس إنما هو قبل تحريمها وإن سلم بقاء المنفعة فتحريمها مقطوع به وحصول الشفاء بها مظنون فلا يقوى على إزالة المقطوع به. وأما تحريمها للعطش فلأنها لا تزيله بل تزيده لأن طبعها حار يابس كما قاله أهل الطب ولهذا يحرص شاربها على الماء البارد، وقال القاضي أبو الطيب: سألت أهل المعرفة بها، فقال: تروي في الحال ثم تثير عطشاً شديداً (المغني ج١/٢٣٤). ومحل عدم جواز شربها إذا لم يشرف على الهلاك فإن أشرف عليه جاز له شربها عند الشيخ ابن حجر والرملي والخطيب (التحفة مع ع ب ج٩/١٧٠).

[تَنْبِيهٌ]: مع تحريم الخمر للدواء والعطش لا حد بها وإن وجد غيرها على المعتمد لشبهة قصد التداوي والعطش (**التحفة مع ع ب ٩**/١٧٠ - ١٧١).

(إلا أن يغص بلقمة ولا يجد ما يسيغها به فيجب) اساغتها بالمسكر ولا حد عليه إنقاذاً للنفس من الهلاك والسلامة بذلك قطعية بخلاف التداوي وهذه رخصة واجبة (المغني ج٤/٢٣٣ ـ ٢٣٤).

فَصْلٌ

من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة ومنه شهادة الزور عزر ....

الشرح

(فصل في التعزير)

عقب المصنف رحمه الله الجنايات السبع الموجبة للحدود بفصل في التعزير وهو في اللغة التأديب، وفي الشرع تأديب على ذنب لا حد فيه ولا كفارة غالباً.

وأصله من العزر وهو: المنع، ومنه قوله تعالى (وتعزروه) أي تدفعوا العدو عنه وتمنعوه، وهو مخالف للحد من ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يختلف باختلاف الناس: فتعزير ذوي الهيئات أخف ويستوون في الحدود.

والثاني: تجوز الشفاعة فيه والعفو بل يستحبان.

والثالث: التالف به مضمون في الأصح خلافاً لأبي حنيفة ومالك (النجم ج٩/٢٣٦).

(**من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة**) سواء كانت حقاً لله تعالى أو لآدمي وسواء كانت مقدمة لما فيه حد كمباشرة أجنبية بغير الوطء وسرقة مالا قطع فيه والقذف بغير الزنا أو لم تكن مقدمة لما فيه حد كالضرب بغير حق (النجم ج٩/٢٣٦)، (**ومنه شهادة الزور**) وما أشبه ذلك من المعاصي (**عزر**) بالإجماع.

والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ﴾ الآية، فأباح الضرب عند المخالفة فكان فيه تنبيه على التعزير، وقوله ﷺ في

سرقة التمر «إذا كان دون نصاب غرم مثله وجلدات نكال» رواه أبو داود والنسائي بمعناه.

وروى البيهقي أن علياً رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ سئل عمن قال لرجل يا فاسق يا خبيث فقال: يعزر (النجم ج٩/٢٣٦ ـ ٢٣٧).

[تَنْبِيهٌ]: اقتضى قوله من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة ثلاثة أمور:

الأول: تعزير ذي المعصية التي لا حد فيها ولا كفارة ويستثنى منه مسائل منها الأصل لا يعزر لحق الفرع كما لا يحد بقذفه.

ومنها ما إذا ارتد ثم أسلم فإنه لا يعزر أول مرة، ومنها ما إذا كلف السيد عبده مالا يطيق فإنه يحرم عليه ولا يعزر أول مرة وإنما يقال له: لا تعد فإن عاد عزِّر، ومنها ما إذا قطع الشخص أطراف نفسه.

الأمر الثاني: أنه متى كان في المعصية حد كالزنا أو كفارة كالتمتع بطيب في الإحرام ينتفي التعزير لإيجاب الأول الحد والثاني الكفارة، ويستثنى منه مسائل منها: إفساد الصائم يوماً من رمضان بجماع زوجته أو أمته فإنه يجب فيه التعزير مع الكفارة. ومنها المظاهر يجب عليه التعزير مع الكفارة، ومنها اليمين الغموس يجب فيها التعزير مع الكفارة.

ومنها ما ذكره الشيخ عز الدين في القواعد الصغرى أنه لو زنى بأمه في جوف الكعبة في رمضان وهو صائم معتكف محرم لزمه العتق والبدنة ويحد للزنا ويعزر لقطع رحمه وانتهاك حرمة الكعبة.

الأمر الثالث: أنه لا يعزر في غير معصية، ويستثنى منه مسائل منها الصبي والمجنون يعزران إذا فعلا ما يعزر عليه البالغ العاقل وإن لم يكن فعلهما معصية ومنها أن المحتسب يمنع من يكتسب باللهو ويؤدب عليه الآخذ والمعطي

وظاهره تناول اللهو المباح، ومنها نفي المخنث نص عليه الشافعي مع أنه ليس بمعصية وإنما فعل للمصلحة، ومنها مسائل عديدة مهمة مذكورة في المطولات (الإقناع ٤/١٧٨ ـ ١٧٩).

ويكون تعزيره **(على حسب ما يراه الحاكم)** في الجنس والقدر من ضرب أو صفع أو حبس أو نفي، ويعمل بما يراه من الجمع بين هذه الأمور أو الاقتصار على بعضها وله الاقتصار على التوبيخ باللسان وحده فيما يتعلق بحق الله تعالى كما في الروضة.

وله أن يجرد المعزر من ثيابه ما سوى العورة، ويجوز تعزيره بحلق اللحية عند (حج) وقال الماوردي لا يجوز وجرى عليه شيخ الإسلام في شرحي المنهج والروض والرملي في النهاية والخطيب في المغني، وفي القديم يجوز التعزير بالمال (النجم ج٩/٢٣٩ ـ ٢٤٠ والتحفة مع ع ب ج٩/١٧٨ ـ ١٧٩). وعلم من قوله على حسب ما يراه الإمام أنّه لا يستوفيه إلا الإمام وهو كذلك لعموم ولايته وليس له أن يفوضه إلى مستحقه ولا إلى المستحق عليه ولا إلى أبيه ولا ابنه وليس ذلك لغيره إلا ثلاثة:

الأول: الأب فله تأديب ولده الصغير للتعليم والزجر عن سيء الأخلاق.

الثاني: السيد يعزر رقيقه في حق نفسه وكذا في حق الله على الأصح (النجم ج٩/٢٤٠).

الثالث: الزوج له تعزير زوجته في أمر النشوز كما تقدم في بابه.

(ولا يبلغ به) أي التعزير وجوباً **(أدنى الحدود)** إذا كان التعزير بالضرب

فلا يبلغ بتعزير الحر إلى أربعين ولا بتعزير العبد إلى عشرين وإن رأى تركه جاز.

الشرح

والتغريب (**فلا يبلغ بتعزير الحر إلى أربعين**) جلدة والتغريب سنة (**ولا بتعزير العبد إلى عشرين**) جلدة وتغريب نصف سنة، وقيل يجب النقص في تعزير الحر والعبد عن عشرين جلدة لخبر «من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين» لكنه مرسل وقيل لا يزادان على عشر للخبر المتفق عليه لا يجلد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله تعالى واحتج به كثيرون قالوا ولو بلغ الشافعي لقال به لكن نقل الرافعي عن بعضهم أنه منسوخ وأحتج له بعمل الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ بخلافه من غير إنكار انتهى (التحفة٩/١٨٠).

وفي قول أنا نعتبر كل معصية بما يناسبها مما يوجب الحد فلا يبلغ بتعزيز مقدمات الزنا حد الزنا وله أن يزيده على حد القذف فله في الحر تسعة وتسعون وفي العبد تسعة وأربعون وفي التعريض للقذف تسعة وسبعون للحر وتسعة وثلاثون للعبد.

(**وإن رأى**) الحاكم (**تركه**) أي التعزير (**جاز**) إذا كان الحق فيه لله لأنه مبنى على المسامحة ولذلك أعرض صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عنه في جماعة استحقوه كالغال في الغنيمة ولا يجوز تركه في حق آدمي عند طلبه على المعتمد وإن خالف في ذلك ابن المقري، ولا يجوز للإمام العفو عن الحدود بعد أن بلغه ما يوجبها ولا تجوز الشفاعة في الحدود. وتسن الشفاعة عند ولاة الأمور في غير الحدود لقوله تعالى ﴿مَّن يَشْفَعْ شَفَٰعَةً حَسَنَةً يَكُن لَّهُۥ نَصِيبٌ مِّنْهَا﴾ ولخبر الصحيحين عن أبي موسى أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «كان إذا أتاه طالب حاجة أقبل على جلسائه وقال: اشفعوا تؤجروا ويقضى الله على لسان نبيه ما شاء».

[**تتمة**] يعزر من وافق الكفار في أعيادهم ومن يمسك الحية ويدخل

النار، ومن قال لذمي يا حاج ومن هنأه بعيد، ومن سمى زائر قبور الصالحين حاجاً، والساعي بالنميمة لكثرة إفسادها بين الناس؛ قال يحيى ابن أبي كثير: يفسد النمّام في ساعة مالا يفسده الساحر في سنة.

[خَاتِمَةٌ]

لا تقام التعزيرات في المسجد فإن فعلت وقعت الموقع كالصلاة في الدار المغصوبة كذا قاله الرافعي هنا وهو يفهم أنَّ فعل ذلك حرام، وصرح في (أبواب القضاء) بكراهته وفاقاً لابن الصباغ.

وقال الروياني: إن كان فيه تلويث كقطع يد السارق حرُم، وكان الشعبي وشريح وابن أبي ليلى يرون إقامة الحدود فيها (النجم ج٩/٢٤٤).

** ** **

باب الأيمان

إنما تصح اليمين من بالغ عاقل مختار قاصد إلى اليمين فمن سبق لسانه إليها..

الشرح

(باب الأيمان)

هي جمع يمين وهو الحلف والإيلاء والقسم ألفاظ مترادفة، وأصلها في اللغة: اليد اليمنى وأطلقت على الحلف، لأنهم كانوا إذا تحالفوا أخذ كل بيمين صاحبه، وقيل لأنها تحفظ الشيء على الحالف، وفي الشرع: تحقيق أمر محتمل بلفظ مخصوص.

والأصل في الباب قوله تعالى ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ الآية، وقوله تعالى ﴿وَلَا تَجْعَلُوا۟ عُرْضَةً لِّأَيْمَٰنِكُمْ﴾، و(العرضة) في الإيمان: أن يحلف به في كل حق وباطل. وفي البخاري عن ابن عمر: أكثر ما كان النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يحلف «لا ومقلب القلوب»؛ أجمعت الأمة على انعقاد اليمين وتعلق الكفارة بها (النجم ج١٠/٧)، **(إنما تصح اليمين من بالغ عاقل)** فلا تنعقد من الصبي والمجنون وفي معناهما المغمى عليه والسكران غير المتعدي والساهي والنائم **(مختار)** فلا تنعقد اليمين من المكره لحديث «ليس على مقهور يمين» رواه الدار قطني. **(قاصد إلى اليمين فمن سبق لسانه إليها)** بلا قصد لمعناها لم تنعقد يمينه لقوله تعالى ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ﴾ أي قصدتم بدليل الآية الأخرى ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ ولغو اليمين كما قالت عائشة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهَا «قول الرجل لا والله وبلى والله» رواه البخاري وصحح ابن حبان رفعه.

قال ابن الصلاح والمراد بتفسير لغو اليمين بلا والله وبلى والله على البدل

أو قصد الحلف على شيء فسبق لسانه إلى غيره لم ينعقد وذلك من لغو اليمين ولا ينعقد إلا باسم من أسماء الله تعالى أو صفة من صفات ذاته ثم من أسماء الله تعالى مالا يتسمى به غيره كالله والرحمن والمهيمن وعلام الغيوب فينعقد بها اليمين مطلقاً ومنها ما يتسمى به غيره مع التقييد كالرب والرحيم والقادر..

الشرح

لا على الجمع أما لو قال لا والله وبلى في وقت واحد قال الماوردي كانت الأولى لغواً والثانية منعقدة لأنها استدراك فصارت مقصودة (المغني ج٤/٤١١).

(**أو قصد الحلف على شيء فسبق لسانه إلى غيره لم ينعقد وذلك من لغو اليمين**) الذي لا يؤاخذ به وجعل صاحب الكافي من لغو اليمين ما إذا دخل على صاحبه فأراد أن يقوم له فقال: والله لا تقوم وهو مما تعم به البلوى (المغني ج٤/٤١١).

(**ولا ينعقد إلا باسم من أسماء الله تعالى**) المختصة به التي لا تستعمل في غيره كخالق الخلق (**أو صفة من صفات ذاته**) القائمة به كعلمه وقدرته وعظمته وعزته ومشيئته وكلامه وكبريائه، (**ثم من أسماء الله تعالى مالا يتسمى به غيره كالله والرحمن والمهيمن وعلام الغيوب**) والقدوس وخالق الخلق والواحد الذي ليس كمثله شيء ورب العالمين والحي الذي لا يموت والذي نفسي بيده (شرح التنبيه ج٢/٧٠٥ - ٧٠٦).

(**فينعقد بها اليمين مطلقاً**) ولا يقبل قوله ظاهراً ولا باطناً لم أرد به اليمين لأن ما ذكر من الأسماء والصفات نصٌ في معناها لا تحتمل غيره.

(**ومنها ما يتسمى به غيره مع التقييد**) ويصرف إليه سبحانه عند الإطلاق (**كالرب والرحيم والقادر**) والرازق والجبار والمتكبر والقاهر والحق والخالق

فتنعقد بها اليمين إلا أن ينوي غير اليمين ومنها ما هو مشترك كالحي والموجود والبصير فلا تنعقد بها اليمين إلا أن ينوي بها اليمين وصفاته إن لم تستعمل في مخلوق نحو: عزة الله وكبريائه وبقائه والقرآن، فتنعقد بها اليمين مطلقاً ....

الشرح

والرب (**فتنعقد بها اليمين**) سواء أقصده سبحانه وتعالى أم أطلق لأن الإطلاق ينصرف إليه (**إلا أن ينوي**) الحالف (**غير اليمين**) فيقبل ولا يكون يميناً لأنه قد يستعمل في حق غيره مقيداً كرحيم القلب وخالق الكذب ورازق الجيش قال تعالى ﴿وَتَخْلُقُونَ إِفْكًا﴾ وقال تعالى ﴿فَٱرْزُقُوهُم مِّنْهُ﴾ ورب الإبل.

(**ومنها ما هو مشترك**) فيه تعالى وفي غيره على حد سواء (**كالحي والموجود والبصير**) والغني والسميع والمؤمن والكريم والعليم والحليم.

(**فلا تنعقد بها اليمين إلا أن ينوي بها اليمين**) لأنها لما استعملت فيه وفي غيره سواء أشبهت كنايات الطلاق (شرح التنبيه ج٢/٧٠٦)، فإن نواه تعالى فهو يمين، بخلاف ما إذا أراد بها غيره أو أطلق (**وصفاته إن لم تستعمل في مخلوق نحو عزة الله وكبريائه وبقائه والقرآن**) ومشيئة الله وإرادة الله وسمع الله وبصر الله (**فتنعقد بها اليمين مطلقاً**) أي سواء أراد بها وصف الله تعالى أو أطلق لأنها صفات لم يزل سبحانه وتعالى موصوفاً بها فكانت كأسمائه المختصة فلو نوى غيره لم يقبل وقيل يقبل وصححه الشيخان (شرح التنبيه ج٢/٧٠٦).

[تَنْبِيهٌ]: اعتمد المصنف رحمه الله تعالى أنَّ هذه الصفات ـ عزة الله وما بعدها) ـ ينعقد بها اليمين مطلقًا، أي: سواء أراد بها اليمين أو أطلق أو صرفها عن اليمين، والمعتمد: أنه إذا صَرَفها عن اليمين لا تكون يمينًا. قال الشيخ ابن حجر في فتح الجواد (ج٢ ص٣٧٢): «أو نحو صفةٍ ذاتيَّةٍ له تعالى،

وإن كانت قد تستعمل في مخلوق نحو: علم الله وقدرته وحقه فينعقد بها اليمين إلا أن ينوي بالعلم المعلوم وبالقدرة المقدور وبالحق العبادة فلا ولو قال أقسم بالله أو أقسمت بالله انعقدت إلا أن ينوي به الإخبار ولو قال لعمر الله ....

الشرح

بأن اتَّصف بها في الأزل وما لا يزال كوَعَظَمتِهِ وعِزَّته وحقِّه وكلامه، ومثله المصحف وعلمه ومشيئته وقدرته وقرآنه وكتابه، فتنعقد بهذه وإن أطلق، بخلاف ما إذا صرفها، كما أفاده كلامُ أصلِهِ فهو أحسن كأن يريد بنحو العظمة ظهورَ آثارها على الخلق، وبنحو العلم المعلوم، وبالحق العبادة، وبالقرآن الخُطبَة أو الصلاة، وبالمصحف الوَرَق والجِلْد، وبالكلام الحُروف والأصوات الدالَّة عليه لاحتمال اللفظ لذلك إلخ».

(**وإن كانت قد تستعمل في مخلوق نحو: علم الله وقدرته وحقه فينعقد بها اليمين**) إذا لم ينْو شيئاً لأن الغالب في الاستعمال إطلاقها عليه تعالى فينزل الإطلاق عليه كما لو نواه. (**إلا أن ينوي**) أي يريد (**بالعلم المعلوم**) كما يقال اغفر لنا علمك فينا أي معلومك به (**وبالقدرة المقدور**) كما يقال انظر لقدرة الله أي مقدوره فلا يكون يميناً في المسألتين ويكون كأنه قال: ومعلوم الله ومقدور الله لأن اللفظ محتمل (المغني ج٤/٤٠٧). (**وبالحق العبادة**) التي أمر الله بها (**فلا**) يكون يميناً قطعاً لأن العبادات حق الله علينا وليست صفة له تعالى.

(**ولو قال أقسم بالله أو أقسمت**) أو حلفت أو أحلف أو آليت أو أولي (**بالله انعقدت**) يمينه سواء نوى اليمين أو أطلق (**إلا أن ينوي به الإخبار**) فيصدق باطناً وكذا ظاهراً على المذهب لاحتمال ما يدعيه ولو عرفت له يمين سابقة قبل في نحو أقسمت جزماً (**ولو قال لعمر الله**) أي بقاء الله وحياته أ(و

أو أشهد بالله أو أعزم بالله أو عليَّ عهد الله أو ذمته أو أمانته أو كفالته لا أفعل كذا أو أسالك بالله أو أقسمت عليك بالله لم تنعقد إلا أن ينوي به اليمين.

الشرح

أشهد بالله أو أعزم بالله أو عليَّ عهد الله أو ذمته أو أمانته أو كفالته لا أفعل كذا أو أسالك بالله أو أقسمت عليك بالله لم تنعقد إلا أن ينوي به) أي بالقسم بهذه الأشياء **(اليمين)** لاحتمال هذه الألفاظ لغير اليمين احتمالاً ظاهراً.

** ** **

فَصْلٌ

ومن حلف لا يدخل بيتاً فدخل بيت شعر حنث وإن كان حضرياً وإن دخل مسجداً فلا أو لا أكل هذه الحنطة فجعلها دقيقاً أو خبزاً لم يحنث أو لا آكل سمناً فأكله في عصيدة ونحوها وهو ظاهر فيها ....

الشرح

(فصل في الركن الثالث من أركان اليمين وهو المحلوف عليه)

(**ومن حلف لا يدخل**) أو لا يسكن (**بيتاً**) ولا نية له (**فدخل بيت شعر**) أو دخل بيتاً من طين أو حجر أو آجر أو خشب أو خيمة ونحو ذلك (**حنث**) بالدخول أو السكن (**وإن كان**) الحالف (**حضرياً**) لأن اسم البيت يقع على ذلك كله حقيقة في اللغة كما لو حلف لا يأكل الخبز حنث بجميع أنواعه (المغني ج٤/٤٢٣).

(**وإن دخل مسجداً**) وكعبة وبيت حمام ورحى وكنيسة وغار جبل (**فلا**) يحنث على المذهب لأنها لا تسمى بيتاً عرفاً، فلا يشكل ذلك بتسمية المسجد بيتاً في قوله تعالى ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرْفَعَ﴾ ولا بتسمية الكعبة بيتاً في قوله تعالى ﴿وَطَهِّرْ بَيْتِيَ لِلطَّآئِفِينَ﴾ كما لو حلف لا يجلس على بساط فجلس على الأرض فإنه لا يحنث مع أن الله سماها بساطا كما لو حلف لا يجلس عند سراج فجلس عند الشمس مع أن الله تعالى سماها سراجاً (المغني ج٤/٤٢٣).

(**أو**) قال في حلفه (**لا أكل هذه الحنطة**) صرَّح بالاسم مع الإشارة (**فجعلها دقيقاً أو خبزاً لم يحنث**) لزوال الاسم والصورة وصار كما لو زرعها وأكل حشيشها (النجم ج١٠/٥٩). (**أو**) قال (**لا آكل سمناً فأكله في عصيدة ونحوها**) كالخبز (**وهو ظاهر فيها**) حنث لأنه متميز في الحس فهو قد أكل المحلوف عليه وزيادة هذا هو المنصوص وفيه وجه بعيد، أما إذا لم يظهر فلا حنث.

أو لا أشرب من هذا النهر فشرب ماءه في كوز حنث أو لا آكل لحماً فأكل شحماً أو كلية أو كرشاً أو كبداً أو قلباً أو طحالاً أو ألية أو سمكاً أو جراداً فلا حنث أو لا ألبس لزيد ثوباً فوهبه له أو اشتراه له فلا،

الشرح

(والعصيدة) معروفة ويقال لها العصيد: سميت بذلك لأنها تعصد أي تلوى قال ابن الأثير العصيد: دقيق يلت بالسمن ويطبخ (النجم ج١٠/٦٢ - ٦٣).

(أو) قال **(لا أشرب من هذا النهر فشرب ماءه في كوز حنث)** لأن الشرب من النهر عرفاً يكون بشرب شيء من مائه فتعلقت اليمين بمائه (شرح التنبيه ج٢/٧١٢)، ولو قال لا أشرب ماء النيل أو ماء هذا النهر أو الغدير لم يحنث بشرب بعضه.

(أو) قال **(لا آكل لحماً فأكل شحماً أو كلية)** بضم الكاف **(أو كرشاً)** وهو بكسر الراء وسكونها مع فتح الكاف وكسرها وهي من الحيوان كالمعدة للإنسان وهي مؤنثة وجمعها في القلة: أكراش وفي الكثرة: كروش (النجم ج١٠/٥٦)، **(أو كبداً)** مؤنثة وهي بكسر الباء ويجوز إسكانها مع فتح الكاف وكسرها والجمع: أكباد وأكبد وكبود (النجم ج١٠/٥٦)، **(أو قلباً أو طحالاً)** بكسر الطاء معروف قال الجوهري: ويقال إن الفرس لا طحال له وهو مثل لسرعته وجريه كما يقال للبعير: لا مرارة له أي لا جسارة له (النجم ج١٠/٥٦ - ٥٧). **(أو ألية أو سمكاً أو جراداً فلا حنث)** لأن هذه الأشياء مخالفة للحم في الاسم والصفة (شرح التنبيه ج٢/٧١٣).

(أو) قال **(لا ألبس لزيد ثوباً فوهبه)** زيد **(له)** أي الحالف **(أو اشتراه)** الحالف **(له)** أو لبس الحالف ما اشترى له من زيد بطريق الوكالة (شرح التنبيه ج٢/٧١٥)، **(فلا)** يحنث لأنه لبس ثوباً له (شرح التنبيه ج٢/٧١٥).

أو لا أهبه فتصدق عليه حنث أو أعاره أو وهبه فلم يقبل أو قبل ولم يقبض فلا أو لا أتكلم فقرأ القرآن أو لا أكلم فلاناً فراسله أو كاتبه أو أشار إليه، أو لا أستخدمه فخدمه وهو ساكت ....

الشرح

(أو) قال (**لا أهبه**) أي زيداً مثلاً (**فتصدق عليه**) صدقة تطوع أو أعمره أو أرقبه أو أهدى له هدية مقبوضة (**حنث**) لأنها أنواع خاصة من الهبة أما الصدقة الواجبة فلا يحنث بها على الأصح لأنها كقضاء الدين (المغني ج٤/٤٤٤).

(**أو أعاره**) بدل الهدية أو ضيفه أو أوصى له أو أوقف عليه (**أو وهبه فلم يقبل**) الهبة (**أو قبل ولم يقبض فلا**) يحنث في ذلك لعموم الملك في العارية والضيافة ولأن الوصية تملك بالموت والميت لا يحنث وأما في الوقف فالآن الملك فيه لله وأما في الهبة في حالة عدم القبول لم تتم الهبة وفي حالة عدم القبض مقتضى الهبة نقل الملك ولم يوجد اهـ (ملخصاً من التحفة ج١٠/٦٤).

(أو) قال (**لا أتكلم فقرأ القرآن**) في الصلاة أو خارجها ولو كان عليه حدث أكبر وكذا إن سبّح أو هلّل أو حمد الله تعالى لم يحنث لأن الكلام في العرف ينصرف إلى كلام الآدميين في محاورتهم (المغني ج٤/٤٣٦ مع زيادة)، (أو) قال (**لا أكلم فلاناً فراسله أو كاتبه أو أشار إليه**) برأسه أو عينيه أو يده لم يحنث في أصح القولين وهو الجديد لأن الكلام حقيقة تختص باللفظ والقديم يحنث لأنه يطلق على ما ذكره لغة لدلالته على ما في النفس (شرح التنبيه ج٢/٧١٦). ويدل للجديد قوله تعالى ﴿فَلَنْ أُكَلِّمَ ٱلْيَوْمَ إِنسِيًّا﴾ ﴿فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ﴾؛ وللقديم قوله تعالى ﴿وَمَا كَانَ لِبَشَرٍ أَن يُكَلِّمَهُ ٱللَّهُ إِلَّا وَحْيًا أَوْ مِن وَرَآيِ حِجَابٍ أَوْ يُرْسِلَ رَسُولًا﴾ وقوله تعالى ﴿أَلَّا تُكَلِّمَ ٱلنَّاسَ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾

(أو) قال (**لا أستخدمه فخدمه وهو ساكت**) لم يحنث لأن الاستخدام

أو لا أتزوج أو لا أطلق أو لا أبيع فوكل غيره ففعل أو لا آكل هذه التمرة فاختلطت بتمر كثير فأكل إلا تمرة لا يعلمها أو لا أشرب ماء النهر فشرب بعضه لم يحنث أو لا أكلمه زماناً أو حيناً بر بأدنى زمن أو لا أدخل الدار مثلاً فدخلها ناسياً أو جاهلاً ....

الشرح

طلب الخدمة ولم يوجد (شرح التنبيه ج٢/٧١٨). (أو) قال (**لا أتزوج أو لا أطلق**) زوجتي أولا أعتق عبدي (أو) قال (**لا أبيع فوكل غيره ففعل**) لم يحنث لأنه حلف على فعل نفسه ولم يوجد وقيل يحنث في مسألة التزويج لأن الوكيل في النكاح سفير محض وهو المجزوم به في المحرر والمنهاج (٥٥١ ـ ٥٥٢) والمنهج (٣٣١ ـ ٣٣٢) وهو المعتمد.

(أو) قال (**لا آكل هذه التمرة فاختلطت بتمر كثير فأكل إلا تمرة لا يعلمها**) لم يحنث لاحتمال أن تكون المتروكة هي المحلوف عليها والأصل براءة ذمته من الكفارة والورع أن يكفر لاحتمال أنها غير المحلوف عليها فإن علم أنه أكلها أو أكل الكل حنث قال القفال ويحنث بآخر تمرة يأكلها حتى لو كان الحلف بالطلاق فالعدة من حينئذٍ لا من وقت اشتغاله بالأكل (المغني ج٤/٤٣٣).

(أو) قال (**لا أشرب ماء النهر فشرب بعضه لم يحنث**) لأن اليمين توجهت إلى شرب جميعه، وقيل يحنث بشرب بعضه لأنه لما استحال شرب جميعه انعقدت اليمين على مالا يستحيل (شرح التنبيه ج٢/٧١٩)، (أو) قال (**لا أكلمه زماناً او حيناً**) أو دهراً أو حقباً (**بر بأدنى زمن**) لأنها تطلق لغة على القليل والكثير منه (شرح التنبيه ج٢/٧١٧).

(أو) قال (**لا أدخل**) هذه (**الدار مثلاً فدخلها ناسياً**) لليمين (**أو جاهلاً**)

أو مكرهاً أو محمولاً لم يحنث واليمين باقية لم تنحل أو ليأكلن هذا غداً فأكله في يومه أو أتلفه أو تلف من الغد بعد إمكان أكله حنث، وإن تلف في يومه فلا أو لا أسكن هذه الدار ....

الشرح

أنها المحلوف عليه لم يحنث لحديث «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» رواه ابن حبان والحاكم، وقيل يحنث لأن الكفارة من باب الغرامات وخطاب الوضع فيستوي فيها المخطئ وغيره (شرح التنبيه ج٢/٧٢٠).

(أو) دخل (**مكرهاً**) لم يحنث للحديث المتقدم وقيل يحنث لما تقدم كما لو أكره المحرم على قتل الصيد (شرح التنبيه ج٢/٧٢٠)، (أو) دخل (**محمولاً**) بغير إذنه (**لم يحنث**) قطعاً لأنه لم يوجد منه فعل ولا اختيار (شرح التنبيه ج٢/٧٢٠).

(**واليمين**) في صورة الدخول ناسياً أو جاهلاً أو مكرهاً أو محمولاً (**باقية لم تنحل**) أي أنَّه إذا فعله مرة أخرى ذاكراً عالماً مختاراً حنث لأنَّ الفعل الثاني هو المعتد به (**أو**) حلف (**ليأكلن هذا**) الطعام (**غداً فأكله في يومه**) عالماً عامداً مختاراً (**أو أتلفه**) حنث لأنه فوت البر باختياره (شرح التنبيه ج٢/٧٢٠).

(**أو تلف**) الطعام كله أو بعضه بنفسه (**من الغد بعد إمكان أكله حنث**) لأنه تمكن من البر ولم يفعل فصار كما لو قال لآكلن هذا الطعام وتمكن من أكله فلم يأكله حتى تلف فإنه يحنث قطعاً وكذا لو تلف بعضه، وفي قول لا يحنث لأن جميع اليوم ظرف له اهـ (النجم ج١٠/٧٠).

(**وإن تلف**) الطعام كله أو بعضه بنفسه (**في يومه**) أو في غده ولم يتمكن من أكله أو أتلفه أجنبي (**فلا**) يحنث في الأظهر لأن فوت البر ليس باختياره.

(**أو**) قال في حلفه (**لا أسكن هذه الدار**) أولا أقيم فيها وهو فيها عند

فخرج منها بنية التحويل ثم دخل لنقل القماش لم يحنث أو لا أساكن زيداً فسكن كل واحد منهما في بيت من دار كبيرة وانفرد بباب ومرافق لم يحنث أو لا ألبس هذا الثوب وهو لابسه أو لا أركب هذا وهو راكبه أولا أدخل هذه الدار وهو فيها فاستدام حنث ....

الشرح

الحلف (**فخرج منها**) حالاً ببدنه (**بنية التحويل**) لم يحنث وإن بقي أهله وقماشه (**ثم**) إذا (**دخل لنقل القماش لم يحنث**) وإن قدر على الإستنابة لأنه لا يعد سكناً وكذا لا يحنث إذا رجع لزيارة أو عيادة مريض (شرح التنبيه ج٢/٧١٠).

[تَنْبِيْهٌ]: لا يكلف في خروجه عدواً ولا هرولةً ولا أن يخرج من بابها القريب، نعم لو كان له باب من السطح فخرج منه مع القدرة على الخروج من غيره حنث لأنه بالصعود في حكم المقيم كما قال الماوردي «وإنما اشترط نية التحول ليقع الفرق بينه وبين الساكن» لأن من كان ساكناً في دار فخرج منها إلى السوق مثلاً يعده أهل العرف ساكناً نظراً إلى عادة الساكنين من الدخول والخروج.

(**أو**) قال (**لا أساكن زيداً فسكن كل واحد منهما في بيت من دار كبيرة وانفرد**) كل واحد منهما (**بباب ومرافق لم يحنث**) لأنه لا يعد مساكناً له.

(**أو**) قال في حلفه (**لا ألبس هذا الثوب وهو لابسه أو لا أركب هذه**) الجمل (**وهو راكبه أولا أدخل هذه الدار وهو فيها فاستدام**) اللبس والركوب والمكث (**حنث**) في جميع ذلك هذا ما جرى عليه المصنف رحمه الله تعالى والمعتمد عدم الحنث في استدامة الجلوس في الدار كما ذكر ذلك في المنهاج (٥٤٦) وشرح التنبيه للسيوطي (٧١٠/٢) لأن الدخول الانفصال من خارج إلى داخل والخروج عكسه ولم يوجد ذلك في الاستدامة ولهذا لا يقال دخلت الدار

أو لا أتزوج وهو متزوج أو لا أتطيب وهو متطيب أولا أتطهر وهو متطهر فاستدام فلا أو لا أدخل هذه الدار فصعد سطحها من خارجها أو صارت عرصة فدخلها لم يحنث أو لا أدخل دار زيد فدخل مسكنه بكراء أو عارية لم يحنث.........................

الشرح

شهراً وإنما يقال دخلتها منذ شهر (النجم ج١٠/٤٢).

(**أو**) قال في حلفه (**لا أتزوج وهو متزوج**) أو لا أتسرى وهو متسر (**أو لا أتطيب وهو متطيب أولا أتطهر وهو متطهر فاستدام**) هذه الأشياء (**فلا**) يحنث أما في التزوج والتسري والتطهر فلأنها لا تقدر بمدة كالدخول والخروج فلا يقال تزوجت وتسريت ولا تطهرت شهراً مثلاً وأما استدامة الطيب فليست تطيباً في الأصح إذ لا يقدر عادةً بمدة ومن ثم لم يلزمه بها فدية فيما لو تطيب ثم أحرم واستدام وعلم مما تقرر أن كل ما يقدر عرفاً بمدة من غير تأويل يكون داومه كابتدائه فيحنث باستدامته ومالا فلا (التحفة ج١٠/٢٤ ـ ٢٦).

(**أو**) قال (**لا أدخل هذه الدار فصعد سطحها من خارجها**) بأن تسور إليه من الجدار أومن جار لم يحنث سواء كان محجراً أم لا لأن السطح حاجز يقي أسفل الدار من الحر والبرد فهو كحيطانها (شرح التنبيه ج٢/٧١٠).

(**أو صارت عرصة**) وهي كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها شيء من البناء وجمعها عراص اهـ (النجم ٥/٣٦٢) (**فدخلها لم يحنث**) إلا إن بقيت الرسوم أو أعيدت بآلتها كل هذا إذا قال هذه الدار، فإن قال لا أدخل هذه حنث بالعرصة ولو قال داراً لم يحنث بفضاء ما كان داراً (النجم ج١٠/٤٤ مع زيادة)، (**أو**) قال (**لا أدخل دار زيد**) أو بيته (**فدخل مسكنه بكراء أو عارية**) أو غصب أو وصية بمنفعتها ووقف عليه (**لم يحنث**) لأن الإضافة إلى من يملك

إلا أن ينوي ما يسكنه وإذا حلف على شيء فقال إن شاء الله تعالى متصلاً باليمين وكان قصد الاستثناء قبل فراغه من اليمين لم يحنث وإن جرى الاستثناء على لسانه على عادته ولم يقصد به رفع اليمين أو بدا له الاستثناء بعد الفراغ من اليمين لم يصح الاستثناء.

الشرح

تقتضي ثبوت الملك حقيقةً (شرح التنبيه ج٢/٧١١). (**إلا أن ينوي ما يسكنه**) فيحنث بالمعار ونحوه لأنه مجاز اقترنت به النية قال الله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾ والمراد بيوت الأزواج التي يسكنَّها (النجم ج١٠/٤٧). (**وإذا حلف على شيء**) أي على أمرٍ مستقبل نفياً أو اثباتاً (شرح التنبيه ج٢/٧٢٠).

(**فقال إن شاء الله تعالى متصلاً باليمين**) ونوى رفع اليمين بها من أول لفظه (شرح التنبيه ج٢/٧٢٠)، (**وكان قصد الاستثناء قبل فراغه من اليمين لم يحنث**) لحديث «من حلف على يمين فقال إن شاء الله لم يحنث» رواه الأربعة.

(**وإن جرى الاستثناء على لسانه على عادته ولم يقصد به رفع اليمين**) لم يصح الاستثناء لأنه لغو كما لا يصح لغو اليمين (**أو بدا له الاستثناء بعد الفراغ من اليمين لم يصح الاستثناء**) لأنه ثبت حكمه بتمامه فلا يرتفع بعد ثبوته كما لو عنَّ له بعد طول الزمان (شرح التنبيه ج٢/٧٢٠ ـ ٧٢١).

[خَاتِمَةٌ]

منقولة برمتها من شرح التنبيه للعلامة السيوطي، قال الإمام السيوطي في شرح المنهاج للدميري سئل بعض العلماء عن رجل حلف لينفردن بعبادة لله لا يشاركه فيها غيره فقال: لا سبيل إلى ذلك إلا أن يطوف بالبيت منفرداً قال: وفي معنى ذلك الانفراد بالإمامة العظمى فإن الإمام لا يكون إلا واحداً فإذا انفرد بها

واحد فقد قام بأعظم العبادات.

قلت: ويزاد صورة ثالثة هي أن ينفرد في عصره بالاجتهاد المطلق إن قلنا يتصور انقراض المجتهدين بحيث لا يبقى في العصر إلا مجتهد واحد وهو الصحيح وإن قلنا: لا يتصور نقص المجتهدين عن ثلاثة أو عن عدد التواتر لم يأت ذلك على هذين القولين.

وصورة رابعة: وهي تجديد الدين على رأس كل مائة على قول الجمهور إن المجدد لا يكون إلا واحداً وأما على قول بعض المحدثين أنه قد يكون واحداً وقد يكون أكثر ويتصور فيه على هذا الانفراد والاشتراك جميعاً. ويتصور أيضاً باملاء الحديث إذا لم يكن في الدنيا إلا حافظ واحد لكن لم يقع الآن أنه انفراد واحد بالحفظ بل لا زالوا عدداً في كل عصر لكن بقلة ويتفاوتون (شرح التنبيه ج٢/٧٢١).

** ** **

فَصْلٌ

إذا حلف وحنث لزمته الكفارة فإن كان يكفر بالمال جاز قبل الحنث وبعده وإن كان بالصوم لم يجز إلا بعده...................

الشرح

(فصل في كفارة اليمين)

سميت بذلك لأنها تكفر الذنب أي تستره من الكفر وهو الستر كما نص عليه أهل اللغة ومنه قيل للكافر كافر لأنه يغطي نعم الله عليه وهي مخيرة ابتداء مرتبة انتهاء كما يعلم مما يأتي (فيض الإله المالك ج٢/٥٨٦).

(إذا حلف وحنث) أي خالف يمينه **(لزمته الكفارة)** قال الله تعالى ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الْأَيْمَانَ ۖ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ۖ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ۚ ذَٰلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ أي وحنثتم. **(فان كان)** الحالف **(يكفر بالمال جاز قبل الحنث)** لقوله صلى الله عليه وسلم «إني لا أحلف على يمين ثم ارى غيرها خيراً منها إلا كفرت عن يميني وأتيت الذي هو خير» رواه الشيخان، وأيضاً فإن الكفارة حق مالي يتعلق بسببين فجاز تقديمها على أحدهما لا عليهما كزكاة الفطر وبهذا قال مالك والأوزاعي والثوري وأربعة عشر صحابياً لكن قالوا يستحب كونها بعد الحنث خروجاً من خلاف أبي حنيفة فإنه لا يجوز تقديمهما على الحنث بكل حال (النجم ج١٠/٢٨). **(وبعده)** وهو الأولى أما التقديم قبل انعقاد اليمين فلا يجوز بالإجماع (النجم ج١٠/٢٨).

(وإن كان) الحالف يكفر **(بالصوم لم يجز إلا بعده)** لأن الصوم عبادة بدنية لا يجوز تقديمها على وقت وجوبها بغير حاجة كصوم رمضان واحترزنا بغير الحاجة على الجمع بين الصلاتين، وفي وجه أو قول قديم يجوز تقديم

وهي عتق رقبة صفتها كرقبة الظهار أو إطعام عشرة مساكين كل مسكين رطل وثلث رطل بالبغدادي حباً من قوت البلد أو كسوتهم بما ينطلق عليه اسم الكسوة ولو مئزراً ومغسولاً لا خلقاً..........

الشرح

الصوم أيضاً (النجم ج١٠/٢٨).

(**وهي عتق رقبة صفتها كرقبة الظهار**) مِنْ كونها مؤمنة سليمة من عيب يخل بالكسب أو العمل. والعتق أفضل أنواع الكفارة ولو في زمن الغلاء وبحث ابن عبد السلام أن الإطعام في زمن الغلا أفضل (التحفة بالمعنى ج١٠/١٦).

(**أو إطعام**) أي تمليك (**عشرة مساكين كل مسكين رطل وثلث رطل بالبغدادي حباً**) أو غيره مما يجزي في الفطرة (التحفة ج١٠/١٦)، (**من قوت البلد**) في غالب السنة أي بلد المكفر (التحفة ج١٠/١٦) وإنما اعتبر المد بحديث المجامع في نهار رمضان فإنَّه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ دفع إليه ستين مداً وقال: (تصدق به) ولأنه سداد الرغيب وكفاية المقتصد ونهاية الزهيد، وروى نافع عن ابن عمر: أنه كان يكفر عن يمينه بإطعام عشرة مساكين لكل مسكين مد من الحنطة، وكان يعتق رقبة إذا أكد اليمين (النجم ج١٠/٣١ ـ ٣٢). (**أو كسوتهم**) أي يدفع المكفر لكل من المساكين ثوباً ثوباً (**بما ينطلق عليه اسم الكسوة**) مما يعتاد لبسه كقميص أو عمامة أو خمار أو طيلسان أو سراويل أو جبة أو قباء أو منديل وهو ما يحمل باليد كالمنشفة (البيجوري ج٢/٣٢٧ مع زيادة).

(**ولو مئزراً ومغسولاً**) لم يخرج بالغسل عن الصلاحية ويجزى المتنجس وعليه أن يعلمهم بنجاسته بخلاف نجس العين فلا يجزى (البيجوري ج٢/٣٢٨ مع زيادة)، (**لا خلقاً**) بفتح اللام فلا يجزى لأنه يشبه الطعام المسوس والعبد

ويخير بين الأنواع الثلاثة فإن عجز عن جميع الأنواع الثلاثة صام ثلاثة أيام والأفضل تواليها ويجوز متفرقة، ....

الشرح

الزمن (النجم ج١٠/٣٤)، وكذا لا يجزى خف ولا قفازان ولا مكعب ولا منطقة ولا قلنسوة وهو ما يغطى الرأس ونحو ذلك مما لا يسمى كسوة كدرع من حديد ولا يجزى كذلك التبان وهو سراويل قصير لا يبلغ الركبة ولا الخاتم ولا التكة. ولو أعطى عشرة ثوباً طويلاً لم يجزئه بخلاف ما لو قطعه قطعاً قطعاً ثم دفعه إليهم قال الماوردي وهو محمول على قطعة تسمى كسوة وخرج بقول المصنف: عشرة مساكين إذا أطعم خمسة وكسا خمسة لا يجزى كما لا يجزى إعتاق نصف رقبة وإطعام خمسة (المغني ج٤/٤١٥ بتصرف).

(ويخير) في الابتداء **(بين الأنواع الثلاثة)** عند القدرة عليها **(فإن عجز عن جميع الأنواع الثلاثة)** بغير غيبة ماله برق أو غيره **(صام ثلاثة أيام)** لقوله تعالى ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ الآية.

أما العجز بغيبة ماله فكغير العاجز لأنه واجد فينتظر حضور ماله بخلاف فاقد الماء مع غيبة ماله فإنه يتيمم لضيق وقت الصلاة (الإقناع ج٤/٣٦٨).

(والأفضل تواليها) خروجاً من خلاف أبي حنيفة وأحمد واختاره المزني (البيان ج١٠/٥٩١) **(ويجوز متفرقة)** لإطلاق الآية، فإن قيل قرأ ابن مسعود ثلاثة أيام متتابعة والقراءة الشاذة كخبر الواحد في وجوب العمل كما أوجبنا قطع يد السارق اليمنى بالقراءة الشاذة في قوله تعالى ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا﴾ أجيب بأن آية اليمين نسخت متتابعات تلاوةً وحكماً فلا يستدل بها (البيجوري ج٢/٣٢٨) بخلاف آية السرقة فإنها نسخت تلاوة لا حكماً فيستدل بها (البيجوري ج٢/٣٢٨).

(**والعبد لا يكفر بالمال**) لعدم ملكه (**وإن أذن له سيده بل بالصوم**) لع
غيره ولا فرق بين كفارة اليمين والظهار في ذلك.

(**ومن بعضه حر**) وله مال (**يكفر بالطعام والكسوة**) ولا يكفر بال
اره كما أنه إذا وجد ثمن الماء أو الثوب لا يجوز أن يصلي متيمما أو
مغني ج٤/٤١٧)، (**دون العتق**) لنقصه عن أهلية الولاء والإرث (ال
٣٨/١)، ولو مات العبد وعليه كفارة فللسيد التكفير عنه بالمال وإن قل
كه إذ لا رق بعد الموت فهو والحر سواء في ذلك بخلاف ما قبله ولا
بالعتق لنقصه عن أهلية الولاء (المغني ج٤/٤١٧).

** ** **

باب الأقضية

ولاية القضاء فرض......................................

الشرح

(باب الأقضية)

الأقضية جمع قضاء وهو لغةً: إحكام الشيء وإمضاؤه ومنه قوله تعالى ﴿وَقَضَيْنَآ إِلَىٰ بَنِيٓ إِسْرَٰٓءِيلَ﴾، وفراغه ومنه قوله تعالى ﴿فَوَكَزَهُۥ مُوسَىٰ فَقَضَىٰ عَلَيْهِ﴾ أي قتله وفرغ منه، وإتمامه ومنه قوله تعالى: ﴿لِيُقْضَىٰٓ أَجَلٌ مُّسَمًّى﴾ أي ليتم الأجل.

وشرعاً: فصل الخصومة بين خصمين بحكم الله تعالى، والأصل فيه الكتاب والسنة وإجماع الأمة قال تعالى ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِٱلْقِسْطِ﴾ ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ﴾ إلى غير ذلك من الآيات.

وفي الخبر المتفق عليه «إذا حكم الحاكم أي أراد الحكم فأجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فأجتهد ثم أخطأ فله أجر»، وفي رواية صحيحة بدل الأولى «فله عشرة أجور» قال في شرح مسلم أجمع المسلمون على أن هذا في حاكم عالم مجتهد أما غيره فآثم بجميع أحكامه وإن وافق الصواب وأحكامه كلها مردودة لأن إصابتها اتفاقية.

وروى الأربعة والحاكم والبيهقي خبر «القضاة ثلاثة قاضٍ في الجنة، وقاضيان في النار، وفسر الأول بأنه عَرَفَ الحق وقضى به، والآخرين بمن عرف وجار ومن قضى على جهل» (التحفة مع زيادة ج١٠/١٠١).

(ولاية القضاء) من متعددين صالحين له (فتح المعين ص٣٩٨)، **(فرض**

كفاية فإن لم يكن من يصلح إلا واحد تعين عليه، فإن امتنع أجبر وليس لهذا أن يأخذ عليه رِزْقاً، إلا أن يكون محتاجاً.............

الشرح

كفاية) بل هو أسنى فروض الكفايات حتى قال الغزالي إنه أفضل من الجهاد (التحفة ج١٠/١٠٢)، فأما كونه فرضا فلقوله تعالى ﴿كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ﴾ وقوله تعالى ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ ولأن الطباع البشرية مجبولة على التظالم ومنع الحقوق وقل من ينصف من نفسه. ولا يقدر الإمام على فصل كل الخصومات بنفسه فدعت الحاجة إلى ولاية القضاء، وأما كونه على الكفاية: فلأنه أمر بمعروف أو نهي عن منكر وهما على الكفاية (النجم ج١٠/١٣٧) فإن امتنع الصالحون له منه أثموا وأجبر الإمام أحدهم أما تقليده ففرض عين على الإمام فوراً في قضاء الاقليم وعلى قاضي الإقليم فيما عجز عنه، ولا يجوز إخلاء مسافة العدوى عن قاض أو خليفة له لأن الاحضار من فوقها مشق (التحفة ج١٠/١٠٢).

(فإن لم يكن من يصلح) له **(إلا واحد تعين عليه)** ويلزمه طلبه كغيره من فروض الكفايات إذا تعينت فإن توقف على بذل مال لزمه كما يلزمه شراء الرقبة للكفارة والطعام في المجاعة (النجم ج١٠/١٣٨)، ولا يعذر لخوف ميل منه، بل يلزمه أن يطلب ويقبل ويحترز من المال كسائر فروض الأعيان (المغني ج٤/٤٧٢).

(فإن امتنع) أثم و**(أجبر)** ولا يفسق بامتناعه لأنه مؤول وإن أخطأ وعلى التأويل حمل امتناع السلف مع التعيين ظاهراً و**(ليس لهذا)** المتعين **(أن يأخذ عليه)** أي القضاء **(رِزْقاً)** من بيت المال لأن الأمور الواجبة لا يجوز أخذ الأجرة عليها.

(إلا أن يكون محتاجاً) فيجعل له من بيت المال ما يكفيه وعياله من غير

الشرح

إسراف ولا تقتير لأنه لا يلزمه تضييع نفسه لغيره وإن كان له كسب ويعطله الحكم عنه فيأخذ ما يكفيه لنفسه وخادمه بلا إسراف ولا تقتير، وإن لم يتعين عليه ولم يوجد متبرع جاز أن يأخذ من بيت المال ما يحتاج إليه لنفسه وخادمه وعياله على ما يليق بحالهم لأن عمر استقضى شريحاً وجعل له كل شهر مئة درهم وبالقياس على عامل الزكاة بل أولى لأنه أهم وكذا الإمام يأخذ ما يليق به من الخيل والغلمان والدار الواسعة ولا يلزمه الاقتصار على ما اقتصر عليه النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والخلفاء الراشدون رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ لأنه قد بَعُدَ العهد بزمن النبوة التي كانت سبب الظفر وإلقاء الرعب والهيبة في القلوب فلو اقتصر الإمام على ذلك اليوم لم يطع وتعطلت الأمور (النجم ج١٠/١٩٩).

(ويجوز) للإمام أو نائبه أن ينصب **(في بلد قاضيان فأكثر)** وإن لم يخص كل واحد بمكان أو زمان أو نوع كالأموال والدماء أو الفروج، هذا إذا لم يشترط اجتماعهم على الحكم وإلا فلا يجوز قطعاً لاختلاف اجتهادهما غالباً فلا تنفصل الخصومات.

ويؤخذ من التعليل أنَّ محله في المجتهدين وفي المسائل المختلف فيها فلو كانا مقلدين لإمام واحد ولا أهلية لهما في نظر ولا ترجيح أو شرط اجتماعهما على المسائل المتفق عليها صح شرط اجتماعهما لأنه لا يؤدي إلى تخالف اجتهاد ولا ترجيح (التحفة مع ع ب ج١٠/١٢٠ بتصرف).

(ولا يصح) القضاء وإن تعين **(إلا بتولية الإمام له أو نائبه)** ولا يصير مُوَلًّى بمجرد تعينه وتكامل الشروط فيه لأن الولاية عقد فافتقرت إلى عاقد، وحكى الماوردي فيه الإجماع، وشذ بعض أهل المذاهب فجعل ولاية القضاء عند اجتماع شروطها منعقدة بلا عاقد (النجم ج١٠/١٣٩).

وان حكم الخصمان رجلاً يصلح للقضاء جاز ولزم حكمه وإن لم يتراضيا به بعد الحكم لكن إن رجع فيه أحدهما قبل أن يحكم امتنع الحكم ويشترط في القاضي الذكورة والحرية والتكليف والعدالة ......

الشرح

(وان حكم الخصمان رجلاً) أو أكثر (يصلح للقضاء) في غير عقوبة لله تعالى (جاز) ولو مع وجود قاض أو في قود أو نكاح، وخرج بقوله يصلح للقضاء غيره فلا يجوز تحكيمه مع وجود الأهل فإن فقد الأهل جاز تحكيمه حتى في عقد نكاح امرأة لا ولي لها خاص وبغير عقوبة لله عقوبته من حد أو تعزير فلا يجوز التحكيم فيها إذ ليس لها طالب معين ولأنها أمور خطيرة فتناط بنظر الحكام (شرح المنهج ج٥/٣٣٩ مع زيادة)، (ولزم حكمه) الخصمين (وإن لم يتراضيا به بعد الحكم) لأن حكمه يلزم بنفس الحكم كحكم الحاكم (لكن إن رجع فيه) أي التحكيم (أحدهما قبل أن يحكم) ولو بعد استيفاء شروط البينة (امتنع الحكم) لعدم استمرار الرضا وليس للمحكم أن يحبس بل غايته الاثبات والحكم، وإذا حكم بشيء من العقوبات كالقود وحد القذف لم يستوفه لأن ذلك يخرم أُبهة الولاة (شرح المنهج ج٥/٣٤٠).

(ويشترط في القاضي) الذي يصح توليته للقضاء (الذكورة) فلا تصح ولاية المرأة ولو فيما تقبل شهادتها فيه ولو بين النساء لقوله تعالى ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾ وفي البخاري عن أبي بكرة نقيع ابن الحارث: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال «لن يفلح قوم ولو أمرهم امرأة» ولأنهن ناقصات عقل ودين والمرأة مأمورة بالستر والقاضي يحتاج إلى مخالطة الرجال (النجم ج١٠/١٤٤). (والحرية) فلا تصح ولاية رقيق ولو مبعضاً لنقصه، (والتكليف) فلا يولى صبي ولا مجنون لنقصها ولأنهما لا يتعلق بقولها حكم على أنفسهما فعلى غيرهما أولى (النجم ج١٠/١٤٣)، (والعدالة) فلا يولى الفاسق لعدم قبول قوله ومثله

نافي الإجماع أو خبر الواحد أو الاجتهاد ومحجور سفه (التحفة ج١٠/١٠٦)، (**والعلم**) أي العلم بالأحكام الشرعية بالاجتهاد لا بالتقليد فيشترط فيه أن يكون مجتهداً وهو العارف بأحكام القرآن والسنة بأنواعها فمن أنواع القرآن والسنة الخاص والعام والمجمل والمبين والمطلق والمقيد والنص والظاهر والناسخ والمنسوخ ومن أنواع السنة المتواتر والآحاد والمتصل وغيره من أنواع القياس الأولى والمساوي والأدون وحال الرواة قوةً وضعفاً فيقدم عند التعارض الخاص على العام والمقيد على المطلق والنص على الظاهر والمحكم على المتشابه والناسخ على المتصل والقوى على مقابلهما، ويعرف لسان العرب لغةً ونحواً وصرفاً وبلاغةً، ويشترط أن يعرف أقوال العلماء إجماعاً واختلافاً فلا يخالفهم في اجتهاده (شرح المنهج ج٥/٣٣٧ ـ ٣٣٨).

(**والسمع**) فلا يولى أصم وهو من لا يسمع بالكلية بخلاف من يسمع بالصياح (التحفة ج١٠/١٠٦)، (**والبصر**) فلا يولى أعمى ولا من يرى الأشباح ولا يعرف الصور لأنه لا يعرف الطالب من المطلوب فإن كان يعرف إذا قربت منه صح، وخرج بالأعمى الأعور فإنه يصح توليته وكذا من يبصر نهاراً فقط دون من يبصر ليلاً فقط، قال الأذرعي: فإن قيل قد استخلف النبي ﷺ ابن أم مكتوم على المدينة وهو أعمى ولذلك قال مالك بصحة ولاية الأعمى، أجيب بأنه إنما استخلفه في إمامة الصلاة دون الحكم (المغني ج٤/٤٧٥)، (**والنطق**) فلا يولى أخرس وإن فهم إشارته كل أحد لعجزه عن تنفيذ الأحكام (المغني ج٤/٤٧٥).

(**ويندب أن يكون**) القاضي (**شديداً بلا عنف**) لأنه إذا كان عنيفاً منعت هيبته من استيفاء الحقوق وقيام الخصوم بالحجج (شرح التنبيه ج٢/٨٨٢)،

ليناً بلا ضعف وإن احتاج أن يستخلف في أعماله لكثرتها أستخلف من يصلح وإن لم يحتج فلا إلا أن يؤذن له وإن احتاج إلى كاتب فليكن مسلماً عدلاً عاقلاً فقيهاً ....

الشرح

(**ليناً بلا ضعف**) لئلا يتجرأ عليه الخصوم وتضيع الحقوق (شرح التنبيه ج٢/٨٨٢).

(**وإن احتاج**) القاضي (**أن يستخلف في أعماله لكثرتها استخلف من يصلح**) أن يكون قاضياً فيما يعجز عنه من غير إذن الإمام لأن العرف يقتضيه وكذا لو مرض أو غاب عن البلد لشغل (شرح التنبيه ج٢/٨٨٣)، (**وإن لم يحتج فلا**) يجوز له أن يستخلف لأن العرف لا يقتضيه (النجم ج١٠/١٥٣).

(**إلا أن يؤذن له**) فيجوز له أن يستخلف فيما يحتاجه وفيما لا يحتاجه. ويندب للإمام إذا ولى قاضياً أن يأذن له في الاستخلاف ليكون أسهل له وأسرع إلى فصل الخصومات ويتأكد الإذن عند اتساع الخطة وكثرة الرعية واتساع العمل (النجم ج١٠/١٥٢).

(**وإن احتاج**) القاضي (**إلى كاتبٍ فليكن**) الكاتب وجوباً حراً ذكراً (**مسلماً عدلاً**) في الشهادة لتؤمن خيانته عارفاً بكتابة محاضر وسجلات (التحفة ج١٠/١٣٣ بتصرف)، ويستحب فيه أن يكون (**عاقلاً**) أي وافر العقل ليزيد ذكاؤه وفطنته فلا يخدع (التحفة ج١٠/١٣٣)، أما العقل التكليفي فشرط (المغني ج٤/٤٩١).

(**فقيهاً**) فيما يكتبه أي زيادته على مالا بد منه من أحكام الكتابة لئلا يؤتى من قبل الجهل (المغني ج٤/٤٩١ بتصرف).

ومن اشترط فقهه أراد المعرفة بما لا بد منه من أحكام الكتابة (التحفة

ولا يتخذ حاجباً فإن احتاج فليكن عاقلاً أميناً بعيداً من الطمع ولا يحكم ولا يولي ولا يسمع البينة في غير عمله ولا يقبل هدية إلا ممن كان يهاديه قبل الولاية.........................

الشرح

ج١٠/١٣٣)، ويستحب فيه أيضاً عفة عن الطمع لئلا يستمال وجودة خط وإيضاحه مع ضبط الحروف وترتيبها وتضيقها لئلا يقع فيها الحاق وتبيينها حتى لا تشتبه سبعة بتسعة ومعرفته بحساب المواريث وغيرها لاضطراره إليه وفصاحته وعلمه بلغات الخصوم (التحفة ج١٠/١٣٣).

(**ولا يتخذ حاجباً**) وهو من يستأذن عليه ولا بواباً وهو من يجلس على الباب للإحراز وقت انتصابه للحكم لقوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «ومن ولي من أمور الناس شيئاً فاحتجب عنهم حجبه الله يوم القيامة»، (**فإن احتاج فليكن عاقلاً أميناً بعيداً من الطمع**) ويأمره أن لا يقدم خصماً على خصم ولا يخص في الإذن قوماً دون قوم ولا يقدم آخراً على أول مراعاة للعدل وتحامياً عن الظلم ويوصي الوكلاء على بابه بتقوى الله ويأمرهم بطلب الحق ويوصى أعوانه أي الرسل الذين يحضرون الخصوم بتقوى الله والرفق بالخصوم لان الإجحاف ظلم (التنبيه مع شرحه ج٢/٨٨٣).

(**ولا يحكم**) القاضي (**ولا يولي ولا يسمع البينة في غير عمله**) فإن فعل ذلك لم يعتد به لأنه لا ولاية له فيه فأشبه سائر الرعية (شرح التنبيه ج٢/٨٨٤).

(**ولا يقبل هدية إلا ممن كان يهاديه قبل الولاية**) فإن لم تعهد منه الهدية قبل توليه القضاء حرم قبولها منه في محل ولايته لأن هذه هدية سببها العمل ظاهراً (النجم١٠/١٩٧) للحديث الذي رواه احمد والبيهقي بإسناد حسن «هدايا العمال غلول» وفي رواية «سحت» رواه الخطيب في تلخيص المتشابه (شرح التنبيه

ولم تكن له خصومة ولم تزد هديته بعد التولية ومع هذا فالأفضل أن لا يقبلها ولا يحكم لولده ولا لوالده ولا لرقيقه ولا يقضي وهو غضبان ولا جائع ولا عطشان ولا مهموم ....

الشرح

ج٢/٨٨٤ مع زيادة)، وأيضاً القاضي نائب الشرع فيجب أن يصون منصبه عن التهمة كي ينقاد الناس إلى أحكامه ولا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضى به عليهم، والنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يقبل الهديه لأنه معصوم وغيره ليس كذلك (النجم ج١٠/١٩٧)، **(ولم تكن له خصومة)** فإن كانت له خصومة أو أحس منه أنه سيخاصم حرم عليه قبولها ولا يملكها لأنها توجب الميل إليه (التحفة ج١٠/١٣٦). **(ولم تزد هديته بعد التولية)** فإن زاد المهدي على القدر المعهود منه صارت كهدية من لم تعهد منه الهدية، قال في التحفة (١٠/١٣٧): ولو أهدى له بعد الحكم حرم القبول أيضاً إن كانت مجازاة له وإلا فلا كذا أطلقه شارح، ويتعين حمله على مهد معتاد أهدى إليه بعد الحكم **(ومع هذا)** أي المذكور من الشروط، **(فالأفضل أن لا يقبلها)** حسماً لمادة التهمة (شرح التنبيه ج٢/٨٨٤)، والأولى لمن جاز له قبول الهدية أن يثيب عليها أو يردها لمالكها أو يضعها في بيت المال (التحفة ج١٠/١٣٨).

(ولا يحكم لولده ولا لوالده) ولو لأحدها على الآخر (التحفة ج١٠/١٣٩)، **(ولا لرقيقه)** ورقيق ولده أو والده ولو مكاتباً للتهمة في ذلك، فإن اتفق لأحد منهم خصومة حكم فيها الإمام أو قاض آخر مستقل أو نائبه إذ لا تهمة تلحقهم.

(ولا يقضي وهو غضبان) لغير الله للنهي عنه في حديث الصحيحين والمعنى فيه أنه يشوش الفكر (شرح التنبيه ج٢/٨٨٥)، **(ولا)** يقضي وهو **(جائع)** جوعاً مفرطاً **(ولا)** يقضى وهو **(عطشان ولا مهموم)** أي محزون بأن

ولا فرحان ولا مريض ولا نعسان ولا حاقن ولا ضجران ولا في حر مزعج وبرد مؤلم فإن فعل نفذ حكمه ولا يجلس في المسجد للحكم فإن اتفق جلوسه فيه وحضر خصمان حكم بينهما ويجلس بسكينة ووقار

الشرح

أصابه هم وحزن في مصيبة أو غيرها (**ولا**) يقضي وهو (**فرحان**) فرحاً مفرطاً (**ولا**) يقضي وهو (**مريض**) مرضاً مؤلماً كما قيده في الروضة (الإقناع ج٤/٣٩٦)، (**ولا**) يقضي وهو (**نعسان**) أي عند غلبته كما قيده في التنبيه (**ولا**) يقضى وهو (**حاقن**) بالبول ولا حاقب بالغائط (**ولا**) يقضي وهو (**ضجران**) والضجر الملل من الشيء والسآمة منه (**ولا**) يقضي (**في حر مزعج وبرد مؤلم**) لأن هذه الأمور تغير الفكر (**فإن فعل**) وحكم في هذه الأحوال (**نفذ حكمه**) مع الكراهة.

(**ولا يجلس في المسجد للحكم**) للنهي عنه في حديث ابن ماجه والمعنى فيه أن حضور الخصوم لا يخلو عن لغط وسب والمسجد يصان عن ذلك فإن جلس لأجل الحكم كره (شرح التنبيه ج٢/٨٨٥ مع زيادة)، (**فإن اتفق جلوسه فيه وحضر خصمان حكم بينهما**) بلا كراهة لأنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى في المسجد (شرح التنبيه ج٢/٨٨٥).

فإن جلس فيه مع الكراهة أو دونها منع الخصوم من الخوض فيه بالمخاصمة والمشاتمة ونحوهما بل يقعدون خارجه وينصب من يدخل عليه خصمين خصمين وإقامة الحدود فيه أشد كراهة كما نص عليه، وقيل يحرم إقامتها فيه كما جزم به ابن الصباغ وهو محمول على ما إذا خيف تلويث المسجد من دم ونحوه (المغني ج٤/٤٩٤).

(**ويجلس بسكينة ووقار**) لأنه أعظم لهيبته وأدعى لطاعته (شرح التنبيه

ويحضر الشهود والفقهاء ويشاورهم فيما يشكل وان لم يتضح أخره ولم يقلد غيره في الحكم ويبدأ بالخصوم بالأول فالأول في خصومة فقط

الشرح

ج٢/٨٨٦)، (**ويحضر الشهود**) أي يستحب أن لا ينصب الحكم إلا بمشهد من الشهود لأنه قد يتفق بعد الحكم أمر يحتاج فيه إلى بينة (شرح التنبيه ج٢/٨٨٦).

(**والفقهاء ويشاورهم**) عند اختلاف وجوه النظر وتعارض الأدلة (**فيما يشكل**) عليه، قال الله تعالى لنبيه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ﴾ قال الحسن البصري: كان مستغنياً عنها ولكن أراد أن تصير سنة للحكام أما الحكم المعلوم بنص أو اجماع أو قياس جلي فلا يشاورهم فيه.

والمراد بالفقهاء كما قاله جمع من الأصحاب الذين يقبل قولهم في الإفتاء فيدخل الأعمى والعبد والمرأة ويخرج الجاهل والفاسق (المغني ج٤/٤٩٥).

(**وان لم يتضح**) له ما أشكل عليه (**أخره**) إلى أن يتضح له (**ولم يقلد غيره في الحكم**) لتحريم التقليد على المجتهد (شرح التنبيه ج٢/٨٨٦)، (**ويبدأ بالخصوم**) إذا تعددوا (**بالأول فالأول**) وجوباً إن تعين عليه فصل الخصومة لأن السابق أحق بالتقديم والاعتبار بسبق المدعي دون المدعى عليه، وبحث البلقيني أنه لو جاء مدع وحده ثم مدع مع خصمه ثم خصم الأول قدم من جاء مع خصمه هذا كله في المسلم أما الكافر فيقدم عليه المسلم المسبوق كما بحثه البلقيني وسبقه إليه الفزاري.

وأما إذا لم يتعين علية فصلها فيقدم من شاء كمدرس في علم غير فرض ولو كفاية كالعروض وزيادة التبحر على ما يشترط في الاجتهاد المطلق أما في الفرض ولو كفاية فهو كالقاضي وكذا يقال في المفتي كما هو ظاهر (التحفة ج١٠/١٥٤ ـ ١٥٥بتصرف).

(**في خصومة فقط**) لئلا يزيد ضرر الباقين ويقدم المسافر بدعاويه إن

فإن استووا أقرع ويسوي بينهما في المجلس والإقبال وغير ذلك إلا أن يكون أحدهما.........................

الشرح

خفت بحيث لم تضر بغيره إضراراً بيناً أي بأن لم يحتمل عادة كما هو ظاهر وإلا فبدعوى واحدة والحق به المرأة (التحفة ج١٠/١٥٦).

(فإن استووا) في الحضور أو أشكل السابق منهم (شرح التنبيه ج٢/٨٨٦)، (أقرع) بينهم إذ لا مرجح ومن الاقراع أن يكتب أسماءهم برقاع بين يديه ثم يأخذ رقعة رقعة فكل من خرج اسمه قدمه والأولى لهم تقديم مريض يتضرر بالتأخير فإن امتنعوا قدمه القاضي إن كان مطلوباً لا إن كان طالباً لأنه مجبور والطالب مجبر (التحفة مع ع ب ج١٠/١٥٥).

(ويسوي) القاضي وجوباً (بينهما) أي الخصمين وإن اختلفا في الحرية والرق والشرف وغيره (شرح التنبيه ج٢/٨٨٦)، (في المجلس) بأن يكون قربهما إليه فيه على السواء أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره أو بين يديه وهو الأولى لخبر فيه والأولى أيضاً أن يكون الجلوس على الركب لأنه أهيب نعم الأولى للمرأة التربع لأنه أستر ويبعد الرجل عنها (التحفة ج١٠/١٥١).

(والإقبال) فلا يبش في وجه أحدهما دون الآخر ولا يستمع لكلام أحدهما دون الآخر (شرح التنبيه ج٢/٨٨٦)، (وغير ذلك) من سائر وجوه الإكرام فلا يجوز أن يؤثر أحدهما في شيء من ذلك ولا يمزح معه وان شرف بعلم أو والديه أو غيرها لكسر قلب الآخر وإضراره والأولى ترك القيام لشريف ووضيع لأنه يعلم أن القيام لأجل الشرف ولو قام لمن لم يظنه مخاصماً فبأن قام لخصمه أو اعتذر له أما إذا سلم أحدهما فقط فليسكت حتى يسلم الآخر ويغتفر طول لفصل للضرورة أو يقول للآخر سلم حتى أرد عليكما واغتفر له هذا التكلم بأجنبي ولم يكن قاطعاً للضرورة (التحفة ج١٠/١٥١)، (إلا أن يكون أحدهما

كافراً فيقدم المسلم عليه في المجلس ولا يعنف أحدهما ولا يلقنه وله أن يشفع ....

الشرح

كافراً) محقون الدم (**فيقدم المسلم عليه في المجلس**) وجوباً عند الماوردي واعتمده الزركشي كالبارزي وجوازاً عند سليم وغيره لأن الاسلام يعلو ولا يعلى عليه. وفي خبر البيهقي في مخاصمة علي كرم الله وجهه ليهودي بين يدي نائبه شريح أنه قال وقد ارتفع على الذمي لو كان خصمي مسلماً لقعدت معه بين يديك ولكني سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول «لا تساووهم في المجالس» (التحفة ج١٠/١٥١ ـ ١٥٢). نعم الأوجه امتناع تقديم المسلم بالدخول إذا مضى زمن يمكن فيه الاختلاء بالحاكم لما فيه من الريبة.

(**ولا يعنف أحدهما**) لئلا ينكسر قلبه لقوله تعالى ﴿كُونُواْ قَوَّامِينَ بِٱلْقِسْطِ﴾ الآية، قيل نزلت في الخصمين يجلسان بين يدي القاضي، (وفي سنن البيهقي): أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال «من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لفظه وإشارته ومقعده ولا يرفع صوته على أحدهما».

(**ولا يلقنه**) أي الخصم حجة يستظهر بها على خصمه ولا يفهمه كلاماً يعرف به كيفية الدعوى وكيفية الجواب أو الإقرار أو الإنكار لإضراره بخصمه وخرج بالخصم الشاهد فيجوز للقاضي تعريفه كيفية أداء الشهادة كما صححه القاضي أبو المكارم والروياني وأقره عليه في الروضة خلافاً للشرف الغزى في ادعائه المنع منه فلعله انتقل نظره من منع التلقين إلى ذلك فإنَّ القاضي لا يلقن الشاهد الشهادة كما جزم به في الروضة (الإقناع ج٤/٣٩٨).

(**وله أن يشفع**) إلى خصمه أَيْ أَنْ يطلب من الخصمين أن يصطلحا قال السيد عمر بن محمد بركات (٢/٦٠٠) وهذا هو معنى شفاعة القاضي وهي لا تكون إلا بعد ثبوت الحق وحينئذ ينتفي الميل إليه، اهـ. وفي شرح السيوطي

ويؤدي عن أحدهما ما لزمه وينظر أول شيء في المحبوسين ثم في الأيتام ثم في اللقطة.

الشرح

للتنبيه (٨٨٧/٢) لأنَّ اجابة شفاعته راجعة إلى خيرة الخصم. (**ويؤدي عن أحدهما ما لزمه**) للآخر من الحق لأنَّ في ذلك نفعاً لهما (التنبيه ج٢/٨٨٧).

(**وينظر**) ندباً (**أول شيء**) بعد أن يستلم من القاضي الأول ديوان الحكم وهو الأوراق المتعلقة بالناس وبعد أن ينادى في البلد متكرراً إنَّ القاضي يريد النظر في المحابيس يوم كذا فمن كان له محبوس فليحضر (التحفة ج١٠/١٣١).

(**في المحبوسين**) لأن الحبس عذاب فمن حبس بحق رده إلى الحبس ومن حبس بغير حق خلاه ومن ادعى أنه حبس بغير خصم ولا حق نادى عليه ثلاثة أيام ألا من كان له عند فلان بن فلان حقاً فليحضر في يوم كذا فإن القاضي عازم على إطلاقه من السجن ثم يحلفه ويخليه إن لم يحضر خصم (شرح التنبيه ج٢/٨٨٧).

(**ثم في الأيتام**) ثم ينظر في الأوصياء بأن يحضرهم فمن ادعى وصاية بحث عنها هل ثبتت ببينة أو لا وعن حاله وتصرفه فيها فمن وجده عدلاً قوياً فيها أقره أو فاسقاً أو شك في عدالته ولم يعد له الحاكم الأول أخذ المال منه أو وجده عدلاً ضعيفاً لكثرة المال أو لسبب آخر عضده بمعين يتقوى به ثم ينظر في أمناء القاضي المنصوبين على المحاجير وتفرقة الوصايا ثم في الوقف العام والمال الضال (شرح المنهج ج٥/٣٤٤ ـ ٣٤٥).

(**ثم في اللقطة**) من المتاع والأعيان وعليه فعل الأحظ من بقائها مفردة وخلطها بمال بيت المال وبيعها وحفظ ثمنها (التحفة ج١٠/١٣٢ مع زيادة من شرح التنبيه ج٢/٨٨٧).

فَصْلٌ

إذا ادعى الخصم دعوى غير صحيحة لم يسمعها وإن كانت صحيحة قال للآخر ما تقول؟ فإذا أقر لم يحكم عليه إلا بطلب المدعي.........

الشرح

(فصل في صفة القضاء)

إذا جلس بين يدي الحاكم خصمان فله أن يقول لهما تكلما لأنهما ربما هاباه، وله أن يسكت عنهما حتى يتكلما لأنهما حضرا ليتكلما، فإن طال سكوتهما بغير سبب من هيبة وتحرير كلام ونحوهما قال: ما خطبكما؟. قال الماوردي: فإن لم يدع واحد منهما أقيما من مكانهما، قال الماوردي والأولى بالخصم أن يستأذن القاضي في الكلام (المغني ج٤/٥٠٧). **(إذا ادعى الخصم دعوى غير صحيحة)** لنقصان شرط من شروطها **(لم يسمعها)** أي لم يرتب أمراً من سؤال الخصم وما بعده (شرح التنبيه ج٢/٨٨٩).

(وإن كانت صحيحة قال) القاضي **(للآخر ما تقول)** فيما يدعيه عليك وإن لم يسأله المدعي لأنَّ المقصود فصل الخصومة وبذلك تنفصل، وقيل لا يقول حتى يطالبه المدعي وليس بشيء (شرح التنبيه ج٢/٨٨٩ بتصرف في العبارة).

(فإذا أقر) الخصم بعد سؤال القاضي بما ادعى عليه به حقيقة أو حكماً (المغني ج٤/٥٠٧)، **(لم يحكم عليه إلا بطلب المدعي)** لأن الحكم حقه فيتوقف على طلبه (شرح التنبيه ج٢/٨٨٩)، هذا ما جرى عليه المصنف رحمه الله تعالى تبعاً للإمام أبي اسحاق الشيرازي في التنبيه وظاهر عبارته تقتضي أن حق المدعي لا يثبت بمجرد الإقرار بل لابد من حكم القاضي بعد طلب المدعي والذي جرى عليه في المنهاج والمنهج وابن قاسم الغزي أنَّ حق

وإذا أنكر فإن لم يكن للمدعي بينة فالقول قول المدعى عليه بيمينه ولا يحلفه إلا بطلب المدعي فإن امتنع من اليمين ردها على المدعي فإن حلف استحق ....

الشرح

المدعي يثبت بمجرد إقرار الخصم لأن دلالة الإقرار ولو حكماً على وجوب الحق جلية إذْ الانسان على نفسه بصير. (**وإذا أنكر**) المدعى عليه الحق فللقاضي أن يقول للمدعي ألك بينة وله أن يسكت فإن قال المدعي لي بينة وأريد تحليفه فله ذلك لأنه إن تورع عَنْ اليمين وأقر سهل الأمر على المدعي واستغنى عن إقامة البينة وإن حلف أقام المدعي البينة وأظهر خيانته وكذبه (المغني ج٤/٥٠٧ ـ ٥٠٨).

(**فإن لم يكن للمدعي بينة**) بأن قال بعد سؤال القاضي لا بينة لي مثلاً (**فالقول قول المدعى عليه بيمينه**) إذا لم تكن الدعوة في دم، لحديث «البينة على المدعي» رواه البيهقي (شرح التنبيه ج٢/٨٨٩).

(**ولا يحلفه إلا بطلب المدعي**) لأنَّ استيفاء اليمين حق له فيتوقف على طلبه فلو حلفه قبل الطلب لم يعتد بها وكذلك لو حلفه المدعي قبل تحليف القاضي له.

(**فإن امتنع**) المدعى عليه (**من اليمين**) بأن قال لا أحلف (**ردها على المدعي فإن حلف**) المدعي اليمين المردودة (**استحق**) المدعى به لأنه فائدة الرد (شرح التنبيه ج٢/٨٨٩)، فلو أقام المدعى عليه بعدها بينة بأداء أو إبراء لم تسمع لأن اليمين المردودة كإقرار المدعى عليه في الأظهر (المنهاج ص٥٨٠).

[تَنْبِيْهٌ]: اليمين المردودة عند الشهاب الرملي والشيخ الخطيب كالإقرار مطلقاً وعند الشيخ ابن حجر كالإقرار إذا كان المدعى به ديناً وكالبينة

وإن امتنع صرفهما وان سكت المدعى عليه فليقل له إن أجبت وإلا ردت اليمين عليه فإن لم يجب ردت اليمين على المدعي فيحلف ويستحق وإن كان القاضي يعلم وجوب الحق فإن كان في حدود الله تعالى وهو الزنا والسرقة والمحاربة والشرب لم يحكم به وإن كان في غير ذلك حكم به..

الشرح

فيما إذا كان المدعى به عيناً ويترتب على الخلاف أنه إن قلنا اليمين المردودة كالإقرار فأقام المدعى عليه بعد بينة أو حجة أخرى بأداء أو ابراء أو نحوهما من المسقطات لم تسمع لتكذيبه لها بإقراره وتسمع على القول بأنها كالبينة اهـ ملخصاً من (التحفة مع ع ب ج١٠/٣٢٢ ـ ٣٢٣). والله أعلم.

(**وإن امتنع**) المدعي من اليمين المردودة (**صرفهما**) لعدم حجة يثبت بها الحق لأن الحق لا يثبت بغير الإقرار والبينة واليمين وليس معهما شيء من ذلك (أنوار المسالك ص٣٥٩).

(**وان سكت المدعى عليه**) فلم يقر ولم ينكر ولا صمم به ولا خرس (**فليقل**) الحاكم (**له إن أجبت**) عن الدعوى بإقرار أو إنكار (**وإلا**) إذا لم تجب جعلتك ناكلاً و(ر) د(**دت اليمين عليه**) ويستحب للحاكم أن يكرر ذلك ثلاثاً (**فإن لم يجب**) جعله ناكلاً بأن يقول قضيت عليك بالنكول و(**ردت اليمين على المدعي فيحلف**) اليمين المردودة (**ويستحق**) المدعى به.

(**وإن كان القاضي يعلم وجوب الحق**) بالمشاهدة (**فإن كان**) ذلك الحق (**في حدود الله تعالى وهو الزنا والسرقة والمحاربة والشرب لم يحكم به**) أي بعلمه لأنها تدرأ بالشبهات ولندب الستر فيها. (**وإن كان**) الذي علمه القاضي (**في غير ذلك**) أي في غير حدود الله تعالى (**حكم به**) أي بعلمه سواء المال

وإذا لم يعرف لسان الخصم رجع فيه إلى عدل يعرف بشرط أن يكون عدداً يثبت به ذلك الحق وإذا حكم ....

الشرح

والقود وحد القذف وإذا حكم بعلمه لا بد أن يصرح بمستنده فيقول علمت أنَّ له عليك ما ادعاه وقضيت عليك بعلمي أو حكمت عليك بعلمي فإن ترك أحد هذين اللفظين لم ينفذ حكمه كما قاله الماوردي وتبعوه (التحفة ج١٠/١٤٩) ولا فرق بين قاضي الضرورة وغيره في جواز الحكم بعلمه عند الشيخ ابن حجر، وفرق الأسنى والمغنى فقالا يصح من قاضي الضرورة بشرط كونه عدلاً وإن كان فاسقاً فلا ينفذ، واعتمد الرملي عدم النفوذ من قاضي الضرورة مطلقاً (التحفة مع ع ب ج١٠/١٤٨).

[تَنْبِيْهٌ]: لا يجوز للقاضي أن يقضي بخلاف علمه وإن قامت به بينة كما إذا شهدت برق أو نكاح أو ملك من يعلم حريته أو بينونتها أو عدم ملكه لأنَّه قاطع ببطلان الحكم به حينئذٍ والحكم بالباطل محرم (التحفة ج١٠/١٤٧). **(وإذا لم يعرف)** القاضي **(لسان الخصم)** قال في الكفاية لكونه عربياً والخصم عجمياً فإن القاضي لا يتصور أن يكون عجمياً كما قاله الإمام تبعاً للقاضي حسين لأن شرطه أن يكون مجتهداً ومن ضرورة ذلك أن يكون عالماً بلغة العرب لأنَّ الشريعة عربية (شرح التنبيه ج٢/٨٩٧). **(رجع فيه إلى)** حر **(عدل يعرف بشرط أن يكون عدداً يثبت به ذلك الحق)** فإن كان الحق يثبت برجل وامرأتين كفى في ترجمته مثل ذلك كما في أصل الروضة عن الأصحاب (المغني ج٤/٤٩٢). ادعى دَيناً ذكر الجنس والقدر والصفة وفي الزنا هل يشترط أربعة أو يكفي رجلان؟ قولان المعتمد أنه يكفي رجلان لأنَّ المقصود معرفة اللسان (النجم ج١٠/١٨٣ وشرح التنبيه ج٢/٨٩٨ بالمعنى).

(وإذا حكم) القاضي باجتهاده وهو من أهله أو باجتهاد مقلده (التحفة

بشيء فوجد النص أو الإجماع أو القياس الجلي بخلافه نقضه ولا تصح الدعوى إلا من مطلق التصرف ولا تصح دعوى المجهول إلا في مسائل منها الوصية فإن ادعى ديناً ذكر الجنس والقدر ....

الشرح

ج١٠/١٤٤)، (**بشيء فوجد النص**) من الكتاب والسنة (**أو الإجماع أو القياس الجلي**) وهو ما يعم الأولى والمساوي (التحفة ج١٠/١٤٤)، (**بخلافه**) أي بخلاف ما حكم به (**نقضه**) أي أظهر بطلانه وجوباً وإن لم يرفع إليه (التحفة ج١٠/١٤٤). وخرج بالقياس الجلي الخفي فلا ينقض الحكم المخالف له لأنَّ الظنون المتعادلة لو نقض بعضها ببعض لما استمر حكم ولشق الأمر على الناس، ومشهور عن عمر رضي الله تعالى عنه الحكم بحرمان الأخ الشقيق في المشتركة ثم شرك بعد ذلك ولم يُنقض قضاؤه الأول وقال ذاك على ما قضينا وهذا على ما نقضي (المغني ج٤/٥٠٢).

(**ولا تصح الدعوى إلا من مطلق التصرف**) فلا تسمع دعوى صبى ومجنون والدعوى عليهما إلا أن يكون ثم بينة، فعلم أن كون الدعوى لا تصح على نحو الصبي إنما هو بالنسبة لطلب الجواب منه وطلب تحليفه وإلا فتسمع لإقامة البينة عليه.

(**ولا تصح دعوى المجهول إلا في مسائل منها الوصية**) كأن يقول أوصى لي مورثك بشيء، ومنها دعوى الإقرار له بشيء ومنها دعوى الدية والغرة ومنها دعوة من عورض بطلب شيء فيقول في دعواه وأنه طلب مني مالا يستحقه ومنها أن يكون المطلوب من الدعوى متوقف على تقدير القاضي كدعوى الزوجة أو القريب النفقة أو الكسوة أو الأدم فتصح مع الجهل في جميع هذه الصور.

(**فإن ادعى ديناً ذكر**) لصحة الدعوى (**الجنس**) كذهب أو فضة (**والقدر**)

والصفة أو عيناً يمكن تعيينها وإلا ذكر صفاتها فإن أنكر المدعى عليه ما ادعاه صح الجواب وكذا إن قال لا يستحق عليَّ شيئاً.........

الشرح

كمائة (**والصفة**) التي يختلف بها الغرض ويذكر أيضاً النوع كخالصٍ أو مغشوش (المغني ج٤/٥٨٩).

(**أو**) لم يدع الشخص ديناً بل ادعى (**عيناً يمكن تعيينها**) كأن كانت داراً عَيَّنها بأن يتعرض للناحية والبلدة والمحلة والسكة وبين الحدود ولا يشترط ذكر القيمة على الصحيح هذا كله في الدار المجهولة عند الحاكم أو المشهورة باسم في البلد بحيث لا يشاركها غيرها فيه فيميزها بذكر الاسم (شرح التنبيه ج٢/٩٠٨ - ٩٠٩).

(**وإلا**) إذا لم يمكن تعيينها لكونها منقولة غير حاضرة في ذلك المجلس وهي ثقيلة أو في ذلك البلد (شرح التنبيه ٢/٩٠٩) (**ذكر صفاتها**) المعتبرة في باب السلم لحصول المقصود بذلك، وإن ذكر القيمة فهو آكد لما يحصل به من مزيد الاحتياط (شرح التنبيه ج٢/٩٠٩).

(**فإن أنكر المدعى عليه ما ادعاه**) بأن ادعى عليه قرضاً أو إتلافاً فقال: ما اقترضت ولا أتلفت (شرح التنبيه ج٢/٩١٠)، (**صح الجواب**) لمطابقته للدعوى (شرح التنبيه ج٢/٩١٠)

(**وكذا**) يصح الجواب (**إن قال**) المدعى عليه (**لا يستحق عليَّ شيئاً**) لأنَّا لو كلفناه أن يتعرض لنفي ما ادعاه عليه لتضرر به لأنه قد يكون اقترض أو أتلف ووفى ولا بينة له فيقع في أحد محذورين إما الكذب أو الغرم بخلاف ما إذا انكر الاستحقاق فإنه يكون صادقاً ولا يتضرر (شرح التنبيه ج٢/٩١٠).

فإن كان المدعى به عيناً في يد أحدهما فالقول قوله بيمينه فإن كان في يدهما حلفا وجعل بينهما نصفين ومن له حق على منكر فله أن يأخذه من ماله بغير إذنه ....

الشرح

(**فإن كان المدعى به عيناً في يد أحدهما**) ولا بينة له (**فالقول قوله بيمينه**) «لأنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى له بذلك» رواه مسلم وغيره، ولو كانت بيده فأقام غيره بها بينة وهو بنية قدم صاحب اليد ويسمى الداخل، لأنهما استويا في إقامة البينة وترجحت بينته بيده فقدمت كالخبرين اللذين مع احدهما قياس (المغني ج٤/٦٠٩).

(**فإن كان**) المدعى (**في يدهما**) أو لم يكن في يد واحد منهما (**حلفا وجعل بينهما نصفين**) أما في الأولى فلأنَّ في يد كل واحد النصف فكان القول قوله فيه كالعين الكاملة وأما في الثانية فلأنَّ نسبة العين إليهما نسبة واحدة فألحقت بما إذا كانت في يدهما (شرح التنبيه ج٢/٩١٠)

(**ومن له حق على منكر**) أو متوار أو متعزز (**فله**) بلا خوف فتنة عليه أو على غيره (**أن يأخذه من ماله بغير إذنه**) للضرورة وإن كان على الجاحد بينة أو رجا إقراره لو رفعه للقاضي لإذنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لهند لما أشتكت إليه شح أبي سفيان أن تأخذ ما يكفيها وولدها بالمعروف ولأن في الرفع للقاضي مشقة ومؤنة وإنما يجوز له الأخذ من جنس حقه ثم عند تعذر جنسه يأخذ غيره ويتعين في أخذ غير الجنس تقديم النقد على غيره ثم إن كان المأخوذ من جنس ماله يتملكه ويتصرف فيه بدلاً عن حقه وإن كان من غير جنسه يبيعه بنفسه أو مأذونه للغير لا لنفسه اتفاقاً ولا لمحجوره لامتناع تولي الطرفين وللتهمة (فتح المعين بهامش شطا ج٤/٢٤٩ ـ ٢٥٠).

فإن كان مقراً فلا.

الشرح

(**فإن كان**) مَنْ عليه الحق (**مقراً فلا**) يأخذ من ماله بغير إذنه لأن له الخيار في قضاء الحق من أي أمواله شاء فلا يجوز إبطاله عليه فلو خالف وفعل كان آثما ويجري عليه حكم الغاصب، فيجب رده وإن كان من جنس دينه ولا يكون تقاصاً به لأنه يختص بما في الذمم (شرح التنبيه ج٢/٩٢٤ - ٩٢٥).

**　**　**

تحملها ....

الشرح

(باب الشهادة)

وهي لغة: الحضور. وشرعاً: إخبار الشخص بحق لغيره على غيره بلفظ أشهد.

والأصل فيها قبل الاجماع آيات كقوله تعالى ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ﴾ وقوله تعالى ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓا۟ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ وهو أمر ارشاد لا وجوب وأخبار كخبر الصحيحين «ليس لك إلا شاهداك أو يمينه» وخبر: أنه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سئل عن الشهادة، فقال للسائل أترى الشمس: قال نعم فقال «على مثلها فاشهد أو دع» رواه البيهقي والحاكم وصححا إسناده.

وأركانها خمسة: شاهد، ومشهود له، ومشهود عليه، ومشهود به، وصيغة الإقناع ج٤/٤٢٦ - ٤٢٧).

(**تحملها**) أي حفظ المشهود به ورعايته وضبطه فرض كفاية في كل تصرف مالي أو غيره كبيع ونكاح وطلاق وإقرار للحاجة إلى إثباته عند التنازع ولتوقف الانعقاد عليه في النكاح وغيره مما يجب فيه الإشهاد (انظر الجمل مع شرح المنهج ج٥/٣٩٩)، قال في المغني (٥١٧/٤): ثم على فرضية التحمل مَنْ طلب منه لزمه إذا كان مستجمعاً لشرائط العدالة معتقداً لصحة ما يتحمله وحضره المتحمل فإن لم يكن مستجمع الشروط فلا وجوب، قال القاضي: جزماً. أو دُعي للتحمل فلا وجوب إلا أن يكون الداعي معذوراً بمرض أو حبس أو كان امرأة مخدرة أو قاضياً يشهده على أمر ثبت عنده فتلزمه الإجابة (و) كذا

وأداؤها فرض كفاية فإن لم يكن إلا هو تعين عليه ولا يجوز أن يأخذ أجرة حينئذ فإن لم يتعين فله الأخذ ....

الشرح

(**أداؤها**) أي الإخبار بالمشهود به عند القاضي (**فرض كفاية**) وإن وقع التحمل اتفاقاً ومحل كون الأداء فرض كفاية إن كان الشهود جمعاً كأن زاد الشهود على اثنين فيما يثبت بهما (شرح المنهج ج٥/٤٠٠ بتصرف). فإذا قام بالأداء اثنان منهم سقط الحرج عن الباقين وإن امتنع الكل عصوا سواء طلبهم مجتمعين أم متفرقين، والمدعو أولاً أعظمهم إثماً لأنه متبوع في الامتناع كما لو أجاب فإنه يكون أعظمهم أجراً، فلو طلب المدعي الأداء من اثنين منهم بأعيانهم لزمهما الأداء في الأصح لئلا يفضي إلى التواكل (المغني ج٤/٥٧٢).

(**فإن لم يكن إلا هو تعين عليه**) لقوله تعالى ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾ أيْ للأداء ولأنَّه يؤدي فرضاً التزمه. (**ولا يجوز أن يأخذ أجرة حينئذ**) أي عند التعيين كما لا يجوز أن يأخذ عن عبد أعتقه عن كفارته عوضاً (شرح التنبيه ج٢/٩٣١)، (**فإن لم يتعين فله الأخذ**) كالكاتب للوثيقة إذا لم تتعين عليه الكتابة (شرح التنبيه ج٢/٩٣١).

[تَنْبِيهٌ]: ما جرى عليه المصنف رحمه الله تعالى من جواز أخذ الأجرة على الأداء عند عدم التعين هو معتمد أبي اسحاق الشيرازي في التنبيه واعتمد في التحفة (١٠/٢٦٩) والنهاية والمغني عدم جواز أخذ الأجرة وعبارة المغني (٤/٥٧٤): وله بكل حال أخذ أجرة من المشهود له على التحمل وان تعين عليه إن دُعي له فإن تحمل بمكانه فلا أجرة له وليس له أخذ أجرة للأداء إن لم يتعين عليه لأنه فرض عليه فلا يستحق عوضاً ولأنه كلام يسير لا أجرة لمثله وفارق التحمل بأن الأخذ للأداء يورث تهمة قوية مع أن زمنه يسير ولا تفوت به منفعة متقومة بخلاف زمن التحمل إلا إن دعي من مسافة عدوى فأكثر فله نفقة الطريق

وأجرة المركوب وإن لم يركب... الخ.

(**ولا تقبل**) الشهادة (**إلا من حر**) فلا تقبل شهادة رقيق خلافاً لأحمد ولو مبعضاً أو مكاتباً لأن أداء الشهادة فيه معنى الولاية وهو مسلوب منها (المغني ج٤/٥٤٠ ـ ٥٤١)، (**مكلف**) فلا تقبل شهادة مجنون بالإجماع ولا صبي لقوله تعالى ﴿مِن رِّجَالِكُمْ﴾ (**ناطق**) ولو مع عدم صفاء الحروف، فلا تقبل الشهادة من أخرس وإن فهم إشارته كل احد إذ لا تخلو عن احتمال فلا يعتد بشهادته بها كما لا يحنث بها فيما لو حلف على عدم الكلام، ولا تبطل صلاته بها فهي لا غية في هذه الأبواب الثلاثة ومعتبرة في غيرها (الياقوت ص٢٢٧).

(**مستيقظ**) فلا تقبل من مغفل لا يضبط أصلاً أو غالباً أو على السواء بخلاف من لا يضبط نادراً فلا يقدح الغلط اليسير إذ لا يسلم منه أحد فلا بدَّ أن يكون الشاهد متيقظاً ومن التيقظ ضبط ألفاظ المشهود عليه بحروفها من غير زيادة ولا نقص، فلا تجوز الشهادة بالمعنى ولا تقاس بالرواية لضيقها ولأن المدار هنا على عقيدة الحاكم لا الشاهد (الياقوت ص٢٢٧) (**حسن الديانة**) أي عدل فلا تصح من فاسق لقوله تعالى ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ وقوله تعالى ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ وهو ليس بعدل ولا مرضي واختار جمع منهم الأذرعي والغزي وآخرون قول بعض المالكية انه إذا فقد العدالة وعم الفسق قضى الحاكم بشهادة الأمثل فالأمثل للضرورة ورده ابن عبد السلام بأنَّ مصلحته يعارضها مفسدة المشهود عليه ولأحمد رواية اختارها بعض أئمة مذهبه أنه يكفي ظاهر الإسلام ما لم يعلم فسقه (التحفة ج١٠/٢١٢).

(**ظاهر المروءة**) والمروءة بالهمزة ويجوز بتشديد الواو وترسل الهمزة

وهي تخلق الشخص بخلق أمثاله في زمانه ومكانه فالأكل في سوق والمشي مكشوف الرأس وقبلة زوجة وأمة بحضرة الناس وإكثار حكايات مضحكة ولبس فقيه قباء وقلنسوة لا يعتاد وإكباب على لعب الشطرنج أو غناء أو سماعه وإدامة رقص يسقطها، والأمر فيه يختلف بالأشخاص والأحوال والأماكن وحرفة دنيئة كحجامة وكنس ودبغ ممن لا تليق به تسقطها، فإن اعتادها وكانت حرفة أبيه فلا في الأصح (المنهاج ص٥٦٨ - ٥٦٩ مع زيادة).

(فلا تقبل من مغفل) وهو من كثر غلطه أو نسيانه لعدم الوثوق به **(ولا)** تقبل الشهادة **(من صاحب كبيرة ولا من مدمن على صغيرة)** من نوع أو أنواع وفسر جماعة الكبيرة بأنها ما لحق صاحبها وعيد شديد بنص كتاب أو سنة وقيل هي المعصية الموجبة للحد.

وقال الإمام: هي كل جريمة تؤذن بقلة اكتراث مرتكبها بالدين. انتهى

هذا ضبطها بالحد وأما بالعد فأشياء كثيرة: قال ابن عباس هي إلى السبعين أقرب وقال سعيد بن جبير أنها إلى سبعمائة أقرب. وما عدا ذلك من المعاصي فمن الصغائر ولا بأس بعد شيء من النوعين فمن الأول تقديم الصلاة أو تأخيرها عن وقتها بلا عذر ومنع الزكاة، وترك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من غير عذر، وعقوق الوالدين والزنا واللواط وشهادة الزور وضرب المسلم بغير حق والنميمة، وأما الغيبة فإن كانت في أهل العلم وحملة القرآن فهي كبيرة كما جرى عليه ابن المقري وإلا فصغيرة ومن الصغائر النظر المحرم وهجر المسلم فوق ثلاثة أيام والنياحة وشق الجيب والتبختر في المشي وإدخال صبيان أو مجانين يغلب تنجسهم المسجد واستعمال نجاسة في بدن أو ثوب

ولا ممن لا مروءة له ككناس وقيم حمام ونحو ذلك وتقبل شهادة الأعمى فيما تحمل قبل العمى ولا تقبل فيما تحمل بعده إلا بالاستفاضة أو أن يقال في أذنه شيء...

الشرح

لغير حاجة فبارتكاب كبيرة أو إصرار على صغيرة من نوع أو أنواع تنتفي العدالة إلا أن تغلب طاعته على معاصيه كما قال الجمهور فلا تنتفي عدالته (الإقناع ج٤/٤٢٩ - ٤٣٠). (**ولا ممن لا مروءة له ككناس وقيم حمام ونحو ذلك**) مما تقدم ذكره.

[تَنْبِيْهٌ]: اختلفوا في تعاطي خارم المروءة على أوجه ثالثها إن تعلقت به شهادة حرم وإلا فلا وهو الأوجه لأنَّه يحرم عليه التسبب في إسقاط ما تحمله وصار أمانة عنده لغيره (التحفة ج١٠/٢٢٦). (**وتقبل شهادة الأعمى فيما تحمل قبل العمى**) إن كان المشهود له وعليه معروفي الاسم والنسب لإمكان الشهادة عليهما فيقول: أشهد أنَّ فلان ابن فلان أقر لفلان ابن فلان بكذا بخلاف مجهوليهما أو أحدهما (الإقناع ج٤/٤٤٥)، (**ولا تقبل فيما تحمل بعده**) أي العمى لانسداد طريق المعرفة عليه مع اشتباه الأصوات (**إلا**) في موضعين أحدهما (**بالاستفاضة**) بين الناس فمن الأمور التي تثبت بالاستفاضة الموت والنسب والملك المطلق والعتق والولاء والوقف والنكاح كما هو الأصح عند المحققين لأنها أمور مؤبدة فإذا طالت مدتها عسر إقامة البينة على ابتدائها فمست الحاجة إلى إثباتها بالاستفاضة ولا يشك أحد أن عائشة رضي الله تعالى عنها وعن أبويها زوج النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأن فاطمة رضي الله تعالى عنها بنت النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولا مستند غير السماع (المغني ج٤/٥٦٩ بتصرف).

(**أو أن يقال في أذنه شيء**) كإقرار بطلاق أو عتق أوْ مال لشخص معروف

فيمسك القائل ويحمله إلى القاضي ويشهد بما قال هذا له ولا تقبل شهادة الشخص لولده ووالده ولا شهادة من يجر لنفسه نفعاً ولا من يدفع عنها ضرراً ....

الشرح

الاسم والنسب (الإقناع ج٤/٤٤٦)، (**فيمسك القائل ويحمله إلى القاضي ويشهد بما قال هذا له**) فتقبل شهادته على الصحيح لحصول العلم بأنه المشهود عليه وللأعمى أن يطأ زوجته اعتماداً على صوتها للضرورة، ولأن الوطء يجوز بالظن ولا يجوز أن يشهد على زوجته اعتماداً على صوتها كغيرها خلافاً لما بحثه الأذرعي من قبول شهادته عليها اعتماداً على ذلك (الإقناع ج٤/٤٤٦). (**ولا تقبل شهادة الشخص لولده ووالده**) وبه قال مالك وأبو حنيفة لأن المشهود له بعضه فشهادته له كشهادته لنفسه ولا عبرة بأبوة الرضاع وبنوته بالاتفاق، ولا تقبل أيضاً لمكاتب أصله وفرعه ومأذونهما (النجم ج١٠/٣١٧).

[تَنْبِيْهٌ]: لا تقبل شهادته لأحد أصليه أو فرعيه على الآخر كما جزم به الغزالي لكن جزم ابن عبد السلام وغيره بالقبول لأنّ الوازع الطبيعي قد يعارض، فضعفت التهمة.

(**ولا**) تقبل (**شهادة من يجر لنفسه نفعاً**) للتهمة كشهادة الوارث للمورث بالجراحة قبل الاندمال وشهادة الغرماء للمفلس بالمال وشهادة الوصي لليتيم والوكيل للموكل فيما فوض له النظر فيه وشهادة السيد لعبده ومكاتبه والشهادة ببراءة من ضمنه ونحو ذلك (شرح التنبيه ج٢/٩٣٣ ـ ٩٣٤ مع زيادة).

(**ولا من يدفع عنها ضرراً**) كشهادة العاقلة على شهود قتل تتحمله بالفسق لأنهم يدفعون عن أنفسهم ضرر التحمل (النجم ج١٠/٣١٦ مع تصرف في العبارة).

ولا شهادة العدو على عدوه ولا شهادة الشخص على فعل نفسه فيقبل في المال وما يقصد فيه المال كالبيع رجلان أو رجل وامرأتان أو شاهد مع يمين المدعي وما لا يقصد منه المال كالنكاح والحدود لم يقبل فيه إلا شاهدان

الشرح

(**ولا**) تقبل (**شهادة العدو على عدوه**) لحديث أبي داود: «لا يجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه» والغمر: بكسر الغين وسكون الميم العداوة (شرح التنبيه ج٢/٩٣٤)، والعدو هو من يبغض المشهود عليه بحيث يتمنى زوال نعمته ويحزن بسروره ويفرح بمصيبته وتقبل الشهادة للعدو إذا لم يكن أصله أو فرعه إذ لا تهمة، والفضل ما شهدت به الأعداءُ وكذا تقبل عليه في عداوة دين كشهادة المسلم على الكافر وشهادة السني على المبتدع لانَّ العداوة الدينية لا توجب رد الشهادة (المغني مع المنهاج ج٤/٥٥٢). (**ولا**) تقبل (**شهادة الشخص على فعل نفسه**) كشاهدة المرضعة على الرضاع إذا قالت أشهد أني أرضعته (شرح التنبيه ج٢/٩٣٤)، (**فيقبل في المال**) عيناً كان أو ديناً أو منفعة (الإقناع ج٤/٤٣٨)، (**وما يقصد فيه المال كالبيع**) والإجارة والرهن والإقرار والغصب وقتل الخطأ ما عدا الشركة والقراض والكفالة، (**رجلان أو رجل وامرأتان أو شاهد**) أي رجل واحد (**مع يمين المدعي**) بعد أداء شهادة شاهده وبعد تعديله ويذكر حتماً في حلفه صدق شاهده لأنَّ اليمين والشهادة حجتان مختلفتا الجنس فاعتبر ارتباط إحداهما بالأخرى ليصيرا كالنوع الواحد (الإقناع ج٤/٤٣٨)، أما عقد الشركة والقراض والكفالة فلا بد فيها من رجلين مالم يرد في الشركة والقراض اثبات حصته من الربح فيثبتان برجل وامرأتين إذْ المقصود المال كما بحثه ابن الرفعة (التحفة مع ع ب ج١٠/٢٤٧ - ٢٤٨). (**وما لا يقصد منه المال كالنكاح**) والطلاق والعتق والنسب والولاء والوكالة وقتل العمد (**و**) سائر (**الحدود**) غير حد الزنا (**لم يقبل فيه إلا شاهدان**)

ذكران ولا يقبل في الزنا واللواط وإتيان البهيمة إلا أربعة ذكور ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة رجلان أو رجل وامرأتان أو أربع نسوة

الشرح

ذكران) ولا مدخل فيه للإناث ولا لليمين مع الشاهد لقول الزهري «مضت السنة من رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق» وهذا وإنْ كان مرسلاً فهو حجة على أبي حنيفة لأنه يقول بحجيته (النجم ج١٠/٣٤٠). ولأنه تعالى نص في الطلاق والرجعة والوصاية على الرجلين وصح به الخبر في النكاح وقيس بها ما في معناها من كل ما ليس بمال ولا المقصود منه مال (التحفة ج١٠/٢٤٩).

(**ولا يقبل في الزنا واللواط وإتيان البهيمة إلا أربعة ذكور)** لقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ ولما في صحيح مسلم عن سعد بن عبادة رضي الله تعالى عنه أنه قال: لرسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «لو وجدت مع امرأتي رجلاً أمهله حتى آتي بأربعة شهداء قال: نعم» ولأنه لا يقوم إلا من اثنين فصار كالشهادة على فعلين ولأنه من أغلظ الفواحش فغلظت الشهادة فيه ليكون أستر وإنما تقبل شهادتهم بالزنا إذا قالوا حانت منا التفاتة فرأينا أو تعمدنا النظر لإقامة الشهادة قال الماوردي: فإن قالوا تعمدنا لغير الشهادة فسقوا وردت شهادتهم، انتهى هذا إذا تكرر ذلك منهم ولم تغلب طاعتهم على معاصيهم وإلا فتقبل لأنَّ ذلك صغيرة وينبغي إذا أطلقوا الشهادة أن يستفسروا إن تيسر وإلا فلا تقبل شهادتهم ولا بدَّ أن يقولوا رأيناه أدخل حشفته أو قدرها في فرجها وإن لم يقولوا كالأصبع في الخاتم أو كالمرود في المكحلة (الإقناع ج٤/٤٤٠ - ٤٤١). (**ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال)** غالباً (**كالولادة)** والبكارة والحيض والرضاع وعيب امرأة تحت ثوبها كجراحة على فرجها حرة كانت أو أمة (**رجلان أو رجل وامرأتان أو أربع نسوة)** منفردات لما روى ابن أبي شيبة عن الزهري

والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب. تم الكتاب.

الشرح

«مضت السنة بأنه يجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من عيوب النساء» وإذا قبلت شهادتهن في ذلك منفردات قبلت شهادة الرجلين والرجل والمرأتين بالأولى ولا يقبل الرجل واليمين (المغني ج٤/٥٦١). واعلم أن ما قبلت فيه شهادة النساء على فعله لا تقبل شهادتهن على الإقرار به لأنَّه مما يطلع عليه الرجال غالباً بالسماع كسائر الأقارير كما ذكره الدميري (البيجوري ج٢/٣٦٦).

(**والله سبحانه وتعالى أعلم**) من كل ذي علم (**بالصواب**) وهو موافقة الواقع.

** ** **

خاتمة الكتاب

هذا آخر ما يسر الله تعالى لي جمعه من شرح عمدة العلامة ابن النقيب أثناء دراستي في رباط تريم الغناء الذي دبغت تربتهُ بأقدام الأولياء والصالحين فعادت بركة الرباط ومن تقدم فيه من السلف الصالح على هذا الشرح فجاء بحمد الله شرحاً لا كالشروح تقر به أعين الناضرين ويتنزه في رياض أنسه رواد العلم أجمعين، أعيذه بالله من كل حاسد وواش وهو مع توسط حجمه يستفيد منه المبتدي ولا يستغني عنه أو عن مثله المنتهي، ولا لي في جمعه حول ولا قوة. وهو مع هذا الجمع المليء بالفوائد إن شاء الله لا أنزهه من العيوب كيف ولم يبر بعد كتاب الله كتاب من النقص والشين ما بين قليل وكثير.

وما كان والله يحق لطالب علم مثلي عليل بالجهل والتقصير أن يحرك في شرح هذا الكتاب قلمه أو يدعي أنه شرحه وهذبه ونظمّه، كيف والباع قصير والجناح كسير وأنى لمكسور الجناح أن يطير والتأليف يكره ممن عرف بالتقصير كما قال في طلعة الأنوار:

ويكــــره التـــأليف مـــن مقصـــر كـــذاك إبـــراز ســـوى المحـــرر

وما كان يخطر في خلدي أن أقومَ بعمل شرح قط، ولكن لمشايخنا الأعلام كالحبيبين الكريمين الأخوين الحبيب العلامة حسن بن عبد الله الشاطري والحبيب العلامة سالم بن عبدالله الشاطري وصاحب القلب المعمور بالعلم والنور الحبيب العلامة عمر بن أحمد المشهور، والشيخ العلامة فضل بن عبد الرحمن بافضل، والشيخ العلامة محمد بن علي الخطيب، والحبيب العلامة حسين بن محمد الهدار، والشيخ العلامة عبدالله بن صالح الخشيبي

ولشيوخ شيوخنا الكرام ممن تقدم في هذا الرباط المبارك خاصة شيخ الإسلام وعلم الأعلام قطب زمانه وعلامة أوانه الحبيب الداعي إلى الله بقوله وفعله عبد الله بن عمر الشاطري ؛ نيات عظيمة منها ما تحققت فيهم ومنها ما تحققت ولم تزل تتحقق في أولادهم وطلابهم وفي المحبين لهم وهذا الشرح ما هو إلا جزء يسير من نياتهم الصادقة التي كانت عندهم أهم من الطعام والشراب فهم المدرسون حقيقة في حياتهم وبعد وفاتهم، الشارحون في حياتهم وبعد وفاتهم وما ظهر شيء في الوجود كتب الله به النفع إلا بسر نظراتهم نفعنا الله بهم ورزقنا الأدب معهم ولا حرمنا بركاتهم.

وأخيراً أرجو ممن رأى خللاً أو عاين زللاً أن يصلحه بعد التأمل ولا يستغرب وقوع مثل هذا من أي إنسان خصوصاً وقد قيل:

وما سمي الإنسان إلا لنسيه ... ولا القلب إلا أنَّه يتقلبُ

وكيف لا يوجد في هذا الشرح عيب وقد كان جمعي له مع كثرة الأشغال وعدم فراغ البال إذ كنت في خلال جمعه وارداً في الماء العكر الذي تبثه المدارس الحديثة التي من ارتضع من ألبانها أو استنشق من هوائها أو جالس وساير ذويها أو اعتنق فكرة معلميها ومدرسيها تبلدت فطرته وانطمست بصيرته وعدمت همته، وذهبت مروءته وتغيرت سيرته وسريرته وكثر جهله واستحقر سلفه وأهله وقل علمه وانعدم فهمه.

والله أسأل وبنبيه الطاهر النسب الكريم الحسب أتوسل أن يجعل جمعي لهذا الكتاب خالصاً لوجهه الكريم وأن يعم النفع به في كل بلدٍ وإقليم وأن يعفو عن ما وجد فيه من زلل وأن ينفعني به يوم الدين يوم لا ينفع مال ولا بنون، وأن يجعل ثوابه في صحيفتي وصحيفة مشائخي وآبائي وأحبائي، اللهم صل على سيدنا محمد كلما ذكرك وذكره الذاكرون وغفل عن ذكرك وذكره الغافلون، اللهم

صل على سيدنا محمد الفاتح لما أغلق والخاتم لما سبق والناصر الحق بالحق، والهادي إلى صراطك المستقيم صلى الله عليه وعلى آله حق قدره ومقداره العظيم.

اللهم إن نبيك محمداً ﷺ سرك الجامع لكل الأسرار ونورك الواسع لجميع الأنوار ودليلك الدال بك عليك وقائد ركب عوالمك إليك وحجابك الأعظم القائم لك بين يديك فلا يصل واصل إلا إلى حضرته المانعة ولا يهتدي حائر إلا بأنواره اللامعة، اللهم ألحقني بنسبه الروحي وحققني بحسبه السبوحي وعرفني إياه معرفة أشهد بها محياه، اللهم إنا نسألك لساناً رطباً بذكرك وقلباً منعماً بشكرك وبدناً هيَّناً ليَّناً بطاعتك واعطنا مع ذلك ما لا عين رأت ولا أذن سمعت ولا خطر على قلب بشر كما أخبر به رسولك محمد ﷺ حسبما علمته بعلمك واغننا بلا سبب واجعلنا سبب الغنى لأوليائك وبرزخاً بينهم وبين أعدائك إنك على كل شيء قدير.

اللهم إنا نسألك إيماناً دائماً ونسألك قلباً خاشعاً ونسألك علماً نافعاً ونسألك يقيناً صادقاً ونسألك ديناً قيماً ونسألك العافية من كل بلية ونسألك تمام العافية ونسألك دوام العافية ونسألك الشكر على العافية، ونسألك الغنى عن الناس سبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين.

تم بحمد الله وعونه إكمال هذا الشرح يوم الثلاثاء المبارك بعد عصر الحادي والعشرين من شهر رجب الحرام سنة سبعة وعشرين وأربعمائة وألف ١٤٢٧هـ من هجرة المصطفى صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم.

بقلم جامعه الفقير المعترف بالعجز والتقصير

طه عبد الحميد محمد حمادي

اليمني التعزي الصبري

فهرست الجزء الثالث

الموضوع	الصفحة
فصل: في القرض	٥
باب الرهن	١٠
باب: التفليس	١٧
باب الحجر	٢٢
باب: الحوالة	٢٧
باب الضمان	٢٩
باب الشركة	٣٦
باب الوكالة	٤١
باب الوديعة	٥١
باب: العارية	٥٩
باب الغصب	٦٦
باب الشفعة	٧٤
باب القراض	٨٠
باب المساقاة	٨٧
فصل في المزارعة	٩١
باب: الإجارة	٩٤
فصل في الجعالة	١١٢
باب: اللقطة واللقيط	١١٦

فصل في اللقيط ١٢٥
باب: المسابقة ١٢٨
باب المسابقة ١٢٨
فيها مسائل منثورة تتعلق بالباب ١٣٣
باب الوقف ١٣٤
باب الوقف ١٣٤
مشتملة على بعض المسائل المهمة ١٤٥
باب الهبة ١٤٨
باب العتق ١٥٤
باب العتق ١٥٤
فصل في الكتابة ١٦٤
فصل الكتابة ١٦٤
فصل في أمهات الأولاد ١٧١
باب الوصية ١٧٤
كتاب الفرائض ١٩٣
موانع الإرث ١٩٩
فصل: في ميراث أهل الفروض ٢٠٣
فصل: في ميراث أهل الفروض ٢٠٣
فصل: في الحجب ٢٢٠
فصل: في العصبات ٢٢٤
كتاب النكاح ٢٣٢
أركان النكاح ٢٤٧
فصل في تسليم الزوجة للزوج ٢٧٢

الموضوع	الصفحة
فصل في موانع النكاح	٢٧٥
فصل: فيما يثبت الخيار من العيوب وغيرها	٢٨٦
كتاب الصداق	٢٩٢
فصل في الوليمة	٣٠٣
باب معاشرة الأزواج	٣١٠
باب النفقات	٣٢٢
فصل في مؤن القريب والرقيق والبهائم	٣٣٧
فصل: في الحضانة	٣٤٤
باب الطلاق	٣٥٢
فصل في الخلع	٣٧٥
فصل في الشك في الطلاق	٣٨٣
فصل: في الرجعة	٣٨٥
فصل في الإيلاء	٣٩٢
فصل: في الظهار	٣٩٧
باب العدة	٤٠٣
باب الإحداد	٤١٨
فصل في الاستبراء	٤٢٤
فصل فيما يلحق من النسب وما لا يلحق	٤٢٨
فصل في القذف واللعان	٤٣٢
باب الرضاع	٤٣٨
كتاب الجنايات	٤٤٤
فصل في كفارة القتل التي هي موجباته	٤٧٦

ب الصيال ٤٨٣
ب الردة ٤٨٧
ب الجهاد ٤٩٢
ب الغنيمة ٥٠٣
صل في عقد الجزية ٥١٠
ب الحدود ٥٢٥
ب القذف ٥٣٥
ب السرقة ٥٤١
صل في حد قاطع الطريق ٥٥٠
صل في حد شارب المسكر من خمر وغيره ٥٥٥
صل في التعزير ٥٦٠
ب الأيمان ٥٦٥
ب الأيمان ٥٦٥
صل في الركن الثالث من أركان اليمين وهو المحلوف عليه ٥٧٠
صل في كفارة اليمين ٥٧٩
ب الأقضية ٥٨٣
صل في صفة القضاء ٥٩٦
ب الشهادة ٦٠٤
اتمة الكتاب ٦١٣
ت المراجع ٦١٦
هرس الجزء الثالث ٦٢١